

Tilbakeføring etter omsorgsovertakelse – sett i lys av det biologiske prinsipp og retten til familieliv etter EMK

Kandidatnummer: 574

Leveringsfrist: 25. november 2014

Antall ord: 17 980



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Tema	1
1.2	Oppgavens problemstilling.....	2
1.3	Rettskilder og metode	2
1.4	Fremstillingen videre	5
2	DET BIOLOGISKE PRINSIPP.....	6
2.1	Innledning.....	6
2.2	Generell bakgrunn	6
2.2.1	Prinsippets innhold.....	6
2.2.2	Prinsippets begrunnelse.....	7
2.3	Prinsippets stilling i norsk rett.....	7
2.3.1	Barneloven og barnevernloven	7
2.3.2	Lovforarbeider og offentlige utredninger.....	8
2.3.3	Rettspraksis	10
2.4	Hva utfordres det biologiske prinsipp av?.....	11
2.4.1	Hensynet til barnets beste.....	11
2.4.2	”Det utviklingsstøttende tilknytningsprinsipp”	12
2.4.3	Ikke-biologiske familieforhold.....	14
2.5	Spesielt om tilbakeføring etter barnevernloven § 4-21	15
2.5.1	Innledning	15
2.5.2	Vilkår for oppheving av omsorgsovertakelsen	15
2.6	Hvordan preger det biologiske prinsipp barnevernloven § 4-21?	20
3	RETTE TIL FAMILIELIV OG GJENFORENINGSKRAVET	21
3.1	Retten til respekt for familielivet.....	21
3.1.1	EMK artikkel 8 nr. 1	21
3.1.2	EMK artikkel 8 nr. 2	23
3.2	Gjenforeningskravet	26
3.2.1	De nasjonale myndighetenes forpliktelser	26
3.2.2	Når kan det være nødvendig i et demokratisk samfunn å se bort fra gjenforeningskravet?.....	27
4	FORHOLDET MELLOM REGLENE SOM FØLGER AV EMK ARTIKKEL 8 OG DEN INTERNE BARNEVERNRETTE	32
4.1	Innledning.....	32

4.2	Retten til familieliv mot det biologiske prinsipp	32
4.2.1	Hvilke relasjoner beskyttes?	32
4.3	Gjenforeningskravet mot tilbakeføring etter barnevernloven § 4-21	35
4.3.1	De beskyttede interesser	35
4.3.2	Hvem kan reise sak?	36
4.3.3	Myndighetenes plikt til å følge opp vedtak om omsorgsovertakelse med sikte på tilbakeføring av barnet	40
4.3.4	Har myndighetene plikt til å reise tilbakeføringssak?	42
5	AVSLUTNING	44
	LITTERATURLISTE	46

1 Innledning

1.1 Tema

Oppgavens tema er tilbakeføring av barn etter omsorgsovertakelse sett i lys av det biologiske prinsipp og retten til familieliv etter Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) av 4. november 1950.

Barn er en sårbar gruppe som har behov for omsorg fra menneskene rundt seg. Dette gjelder spesielt for små barn. Dersom foreldrene ikke klarer eller ønsker å gi barna den omsorgen de trenger vil barneverntjenesten komme inn i bildet. De kan enten gi foreldrene og barnet den hjelpen de trenger for at barnet kan bli boende hjemme, eller de kan overta omsorgen for barnet, dersom hjelpetiltak ikke vil være tilstrekkelig.¹ Når barnevernet først har overtatt omsorgen for et barn, uansett om dette har skjedd med foreldrenes samtykke eller ikke, vil ikke barnet kunne tilbakeføres til foreldrene uten at vedtaket om omsorgsovertakelse oppheves.

Det følger av lov om barneverntjenester (barnevernloven) av 17. juli 1992 nr. 100 § 4-21 at et barn som er under barnevernets omsorg skal tilbakeføres til foreldrene sine når vilkårene er til stede. Begrunnelsen for dette er lovens biologiske utgangspunkt; barn skal vokse opp hos sine biologiske foreldre dersom det er mulig. Når jeg vurderer foreldrenes rett til å få barnet tilbakeført etter barnevernloven vil det gjøres i lys av det biologiske prinsipp.

I tillegg til reglene som følger av barnevernloven er Norge også folkerettslig forpliktet til å foreta tilbakeføring av barn som er under barnevernets omsorg når det ikke lenger er grunnlag for omsorgsovertakelsen. Dette følger særlig av praksis angående EMK artikkel 8. Også av FNs barnekonvensjon² og FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter³ kan det utledes et slikt krav, men jeg har i denne oppgaven valgt å konsentrere meg om EMK.⁴ Denne konvensjonen er av særlig interesse, både fordi den gjelder alle mennesker, uavhengig av alder, kjønn, hudfarge og religion, men også fordi statenes overholdelse av den sikres ved at det er opprettet en internasjonal domstol. Den europeiske menneskerettighetsdomstol (EMD) kan dømme statene for konvensjonsbrudd dersom bestemmelsene i konvensjonen ikke er tilstrekkelig overholdt.⁵ Dette er den eneste internasjonale domstolen der også enkeltpersoner kan gå til sak mot en stat.⁶

¹ Barnevernloven § 4-4 og § 4-12.

² FNs konvensjon om barnets rettigheter av 20. november 1989.

³ FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP) av 16. desember 1966.

⁴ Se Sandberg (2003) s. 172-176 om tilbakeføring etter barnekonvensjonen og SP.

⁵ EMK artikkel 19.

⁶ FN-sambandet (2013).

I EMK artikkel 8 er det bestemt at enhver har rett til respekt for sitt familieliv, og det kan bare gjøres inngrep i denne retten dersom visse vilkår er oppfylt. Denne bestemmelsen kan sies å tilsvare ”det biologiske utgangspunkt” som ligger til grunn for barnevernloven. Det kan derfor være interessant å se på hvilke likheter og forskjeller som finnes mellom retten til familieliv i EMK og det biologiske prinsipp i intern rett.

EMD har gjennom sin praksis angående retten til familieliv i barnevernsaker, utledet et krav om at ethvert tiltak i forbindelse med barnevernets omsorgsovertakelse av et barn, skal være i samsvar med et endelig mål om å gjenforene familien. Ved anvendelse av barnevernloven er norske myndigheter bundet til å overholde dette gjenforeningskravet, det gjelder også ved anvendelse av tilbakeføringsbestemmelsen i § 4-21. Jeg vil derfor foreta en sammenlikning av enkelte elementer ved gjenforeningskravet og tilbakeføringsbestemmelsen med sikte på å avdekke likheter og forskjeller i de to rettskildesystemene.

1.2 Oppgavens problemstilling

Oppgavens hovedproblemstilling er hvordan Norges interne regler om tilbakeføring etter omsorgsovertakelse, sett i lys av det biologiske prinsipp, samsvarer med det såkalte gjenforeningskravet som utledes av EMK artikkel 8 om rett til respekt for familielivet.

For å svare på dette vil jeg først gi en analyse av hvordan det biologiske prinsipp preger tilbakeføringsbestemmelsen i barnevernloven § 4-21. Denne gjennomgangen skjer på grunnlag av barnevernloven, med tilknyttede rettskilder. Deretter vil jeg se på hvordan tilsvarende problematikk håndteres etter EMK artikkel 8. Her er det de internasjonale rettskildene som preger fremstillingen. Til slutt vil jeg foreta en sammenlikning for å finne ut hvilke likheter og forskjeller som finnes i de to rettskildesystemene. Fremstillingen vil i hovedsak dreie seg om de materielle rettsreglene, men det vil også gjøres plass for enkelte prosessuelle drøftelser.

1.3 Rettskilder og metode

Tilbakeføring etter omsorgsovertakelse hører under barnevernretten, som er en viktig del av barnevernretten. Samtidig er barnevernretten en del av sosialretten, som igjen er en del av den spesielle forvaltningsretten, fordi den gjelder forholdet mellom det offentlige og borgerne.⁷

⁷ Sandberg (2003) s. 25.

Ved løsning av barnevernrettslige spørsmål anvendes det i hovedsak alminnelig juridisk metode (rettskildelære). Denne vil det ikke bli nærmere redegjort for her, men det skal foretas en kort presentasjon av noen kilder som vil ha særlig betydning i denne oppgaven.

Den mest sentrale rettskilden i barnevernretten er barnevernloven. Siden inngrep fra det offentlige overfor den enkelte borger krever grunnlag i formell lov, jf. Grunnloven⁸ § 113, vil lovens ordlyd danne utgangspunktet for tolkningen. Loven skal sikre at barn og unge får nødvendig hjelp og omsorg dersom de lever under forhold som kan være skadelig for dem, og bidra til trygge oppvekstvilkår, jf. lovens § 1-1. Denne oppgaven vil imidlertid ta for seg situasjonen der en omsorgsovertakelse allerede har skjedd, og det er spørsmål om barnet skal tilbakeføres til de biologiske foreldrene. Dette spørsmålet reguleres i hovedsak av barnevernloven § 4-21.

Det finnes også en del rettspraksis på området. Avgjørelse om at et barn skal tilbakeføres eller ikke fattes av fylkesnemnda for barnevern og sosiale saker.⁹ Dersom en part er misfornøyd med utfallet av fylkesnemndas behandling, kan avgjørelsen bringes inn for domstolene.¹⁰ Retten prøver alle sider ved saken, også de skjønnsmessige, jf. tvisteloven¹¹ § 36-5 tredje ledd, jf. barnevernloven § 7-24 første ledd. Det er avsagt totalt fjorten dommer i Høyesterett om tilbakeføring, hvorav fire endte med at foreldrene fikk medhold i sitt krav om at barnet skulle tilbakeføres.¹² Disse dommene, i tillegg til annen praksis fra Høyesterett på rettsområdet, er relevant og vil tillegges stor vekt ved tolkningen av vilkårene i barnevernloven § 4-21.

Også barnevernlovens forarbeider kaster lys over hvordan loven skal tolkes. Bestemmelsen om tilbakeføring har imidlertid blitt såpass godt klarlagt gjennom rettspraksis, at forarbeidene ikke vil ha like stor relevans for tolkningen lenger.

Barnevernretten bygger på flere grunnleggende prinsipper og spesielt viktige er legalitetsprinsippet, det mildeste inngreps prinsipp, prinsippet om barnets beste og det biologiske prinsipp. De to første prinsippene gir vern mot vilkårlige inngrep fra det offentlige, mens de to siste er barnevernrettslige prinsipper som sier noe om hvordan ulike hensyn skal veies mot hverandre.¹³ Disse prinsippene vil i større eller mindre grad komme inn ved vurderingen av om barnevernet skal foreta inngrep overfor en familie. Et av de stedene hvor det biologiske prinsipp vil få

⁸ Kongeriket Norges Grunnlov av 17. mai 1814.

⁹ Barnevernloven kapittel 7, jf. § 4-21.

¹⁰ Barnevernloven § 7-24 første ledd.

¹¹ Lov om mekling og rettergang i sivile tvister av 17. juni 2005 nr. 90.

¹² Lindboe (2012) s. 123. Det er ikke avsagt flere dommer om tilbakeføring etter bokens utgivelse.

¹³ Sandberg (2003) s. 35.

særlig vekt er ved anvendelse av bestemmelsen om tilbakeføring. Som det vil fremgå senere i oppgaven har prinsippet ikke kommet direkte til uttrykk i lovteksten. Lovens forarbeider og rettspraksis vil derfor få en større plass ved min behandling av det biologiske prinsipp.

EMK er gjennom menneskerettsloven¹⁴ § 2 gitt status som norsk lov. Norge er derfor bundet til å overholde konvensjonens bestemmelser. Ved motstrid skal bestemmelsene i EMK gå foran bestemmelser i annen norsk lovgivning, jf. menneskerettsloven § 3. Når det skal vurderes om et barneverntiltak er gjennomført i henhold til våre folkerettslige forpliktelser prøves dette etter EMK artikkel 8 som regulerer retten til familieliv, og adgangen til å gjøre unntak fra denne retten. Også retten til tilbakeføring av barn etter omsorgsovertakelse reguleres av denne bestemmelsen. Etter EMK artikkel 34 har enkeltpersoner klagerett dersom de mener at staten de bor i har brutt konvensjonen. Staten kan da klages inn for EMD, som kan avgjøre om konvensjonens bestemmelser er brutt eller ikke. En sak kan ikke behandles av EMD uten at de nasjonale rettsmidler først er uttømt, jf. EMK artikkel 35.

EMK er en traktat, og det følger av Wien-konvensjonen om traktatretten av 1969 hvordan traktater skal tolkes. Etter Wien-konvensjonen artikkel 31 nr. 1 skal det ved tolkningen tas utgangspunkt i ”the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose”. Utgangspunktet for tolkningen er altså den naturlige forståelsen av ordlyden på tidspunktet da konvensjonen ble laget. Det er lagt til grunn i praksis fra EMD at konvensjonen skal tolkes autonomt for å sikre en enhetlig gjennomføring i alle medlemslandene.¹⁵ Det vil si at konvensjonens begreper ikke nødvendigvis er sammenfallende med tilsvarende nasjonale begreper.¹⁶

Bestemmelsene i EMK er ganske knappe, og det er derfor nødvendig å supplere med andre kilder for å fastlegge konvensjonens innhold. Ved siden av ordlyden er praksis fra EMD den mest sentrale kilden for forståelsen av konvensjonen. Det er lagt til grunn i praksis at EMK er et levende instrument som må tolkes i lys av samfunnsutviklingen.¹⁷ Det at bestemmelsene i EMK er gjenstand for en dynamisk fortolkning, gjør at praksis fra EMD er en svært viktig kilde for å fastlegge hva som er gjeldende rett. EMD anser seg ikke formelt bundet av sin egen praksis, men vil av hensyn til forutberegnelighet og for å sikre likhet for loven, normalt legge stor vekt på tidligere avgjørelser.¹⁸

¹⁴ Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett av 21. mai 1999 nr. 30.

¹⁵ Rt. 2002 s. 557, side 566.

¹⁶ Aall (2011) s. 37.

¹⁷ Tyrer v. the United Kingdom, premiss 31.

¹⁸ Stafford v. the United Kingdom, premiss 68.

1.4 Fremstillingen videre

I den videre fremstillingen vil jeg først gi en generell oversikt over det biologiske prinsipp i kapittel 2. Deretter vil jeg se på noen ytterligere generelle føringer ved lovfortolkningen som utfordrer det biologiske prinsipp, og hvordan en eventuell konflikt mellom disse kan løses. Til slutt i kapitlet vil jeg se på reglene om tilbakeføring etter barnevernloven § 4-21 i lys av det biologiske prinsipp.

I kapittel 3 vil jeg gi en oversikt over retten til familieliv, slik den følger av EMK artikkel 8 og tilhørende praksis fra EMD. Spesielt vil jeg ta for meg gjenforeningskravet som er utledet av denne bestemmelsen gjennom EMDs praksis.

Oppgavens hovedproblemstilling vil bli behandlet i kapittel 4. Der vil jeg foreta en sammenlikning for å finne ut hvilke likheter og forskjeller som finnes i de to rettskildesystemene når det gjelder tilbakeføring av barnet etter omsorgsovertakelse. Jeg vil også se på hvordan Norges interne regler samsvarer med de reglene som utledes av EMK.

I kapittel 5 vil jeg gi en kort oppsummering og konklusjon vedrørende problemstillingen.

2 Det biologiske prinsipp

2.1 Innledning

Utgangspunktet for barnevernets arbeid er at barn har rett til å vokse opp hos sine biologiske foreldre uten innblanding fra offentlige myndigheter. Dette er et direkte utslag av det biologiske prinsipp. Dersom det skal gjøres inngrep i denne retten mot foreldrenes ønske må det finnes hjemmel for det i loven. Slik hjemmel finnes i barnevernloven for de tilfellene hvor foreldrene ikke klarer å gjennomføre omsorgsoppgaven for barnet på egenhånd. Barnevernet kan da gripe inn enten med hjelpetiltak innad i familien etter barnevernloven § 4-4, ved omsorgsovertakelse av barnet etter § 4-12, eller som en siste utvei, ved fratakelse av foreldreansvaret og tvangsadopsjon etter § 4-20. I de to sistnevnte tilfeller vil hensynet til barnets beste være av avgjørende betydning, og det biologiske prinsipp vil da få mindre vekt.

Prinsippet vil også være et relevant moment i vurderingen av de vedtakene som skal treffes i forbindelse med og etter omsorgsovertakelsen. Blant annet får det betydning for om det skal fastsettes samvær mellom barnet og foreldrene etter barnevernloven § 4-19, eventuelt hvor mye samvær, og det vil komme inn ved vurderingen av en eventuell tilbakeføring av omsorgen til de biologiske foreldrene.

Jeg vil i denne fremstillingen begrense meg til å se på det biologiske prinsipp generelt og på hvordan det spiller inn ved saker om tilbakeføring av omsorgen etter barnevernloven § 4-21.

2.2 Generell bakgrunn

2.2.1 Prinsippets innhold

Det biologiske prinsipp er en av grunnverdiene i barneretten. I barnevernssammenheng knytter prinsippet seg til to forhold: For det første at barn i utgangspunktet skal vokse opp hos sine biologiske foreldre. Dersom dette ikke er mulig tilsier det biologiske prinsipp at kontakten mellom barnet og foreldrene skal opprettholdes gjennom samvær. Foreldrene har dermed det primære ansvaret for omsorgen, mens det offentliges ansvar er subsidiært. At prinsippet har betydning på begge disse områdene er blant annet lagt til grunn i stortingsmeldingen om barnevernet fra 1995-96.¹⁹

Det biologiske prinsipp er et av flere tungtveiende hensyn som barnelovgivningen bygger på. Dersom prinsippet har relevans bør det få en plass i den vurderingen som skal foretas og veies

¹⁹ St.meld. nr. 39 (1995-1996) s. 18.

opp mot de øvrige momentene som gjør seg gjeldende, men hvilken vekt prinsippet skal tillegges vil avhenge av det enkelte tilfellet.²⁰

2.2.2 Prinsippets begrunnelse

Det er gjerne to begrunnelser som blir anført for det biologiske prinsipp. Bendiksen betegner den første som ”det biologiske utgangspunkt”. Den går ut på at normalordningen i samfunnet er at barn i utgangspunktet skal vokse opp hos sine biologiske foreldre, og at loven derfor er utformet i samsvar med dette.²¹ I Sosiallovutvalgets utredning er det blant annet uttalt at et annet utgangspunkt enn det at foreldre selv sørger for sine barn ville bryte radikalt med de rådende normer og verdisyndspunkter i samfunnet, og det ville forutsette en helt annen samfunnsstruktur enn den vi har i dag.²²

Den andre begrunnelsen som blir anført for det biologiske prinsipp betegner Bendiksen som ”biologiens egenverdi”. Den går ut på at det har en verdi i seg selv for et barn å vokse opp hos, eller ha kontakt med sine biologiske foreldre.²³ Også denne begrunnelsen fremkommer flere steder i forarbeidene. I forbindelse med Sosiallovutvalgets vurdering av samværsrett uttales det at ”Det er alminnelig akseptert at det generelt er et gode for barnet å ha kontakt også med de biologiske foreldre”.²⁴ Også i forhold til spørsmålet om tilbakeføring etter omsorgsovertakelse sier Sosiallovutvalget at ”Tilknytningen til de biologiske foreldre er i seg selv en ressurs for barnet”.²⁵

2.3 Prinsippets stilling i norsk rett

2.3.1 Barneloven og barnevernloven

Forholdet mellom barn og foreldre reguleres av barneloven²⁶ gjennom bestemmelser om hvem som skal regnes som barnets foreldre, hvem som skal ha foreldreansvaret, hvor barnet skal bo m.v. Barneloven § 30 første ledd bestemmer at ”[b]arnet har krav på omsut og omtanke frå dei som har foreldreansvaret”. Foreldreansvaret innehas som oftest av en eller begge de biologiske foreldrene, og utgangspunktet er dermed at det er disse som skal ha omsorgen for barnet. Dette utgangspunktet er i samsvar med det biologiske prinsipp.

²⁰ Bendiksen (2008) s. 187.

²¹ Bendiksen (2008) s. 196.

²² NOU 1985:18 s. 157.

²³ Bendiksen (2008) s. 197.

²⁴ NOU 1985:18 s. 168.

²⁵ NOU 1985:18 s. 171.

²⁶ Lov om barn og foreldre av 8. april 1981 nr. 7.

For at det offentlige skal ha rett til å gjennomføre tiltak i en familie kreves det hjemmel i lov. Dette følger av legalitetsprinsippet, som nylig ble nedfelt i Grunnloven § 113. Og gjennom barnevernloven har det offentlige slik hjemmel, og kan i visse tilfeller foreta til dels inngripende tiltak i en familie.

Betegnelsen ”det biologiske prinsipp” anvendes ikke direkte i barnevernloven, men det fremgår allikevel klart at prinsippet ligger til grunn for lovens bestemmelser.²⁷ Det kommer blant annet til uttrykk gjennom ”det mildeste inngreps prinsipp”, som er et annet viktig prinsipp i barnevernretten, og som innebærer at det ikke skal anvendes mer inngripende tiltak enn det som er nødvendig for å oppnå målet.²⁸ Det vil si at dersom det kan skapes tilfredsstillende forhold for barnet ved hjelpetiltak i hjemmet, så skal det ikke treffes tiltak som innebærer at barnet flyttes bort fra foreldrene. Det biologiske prinsipp kommer også til uttrykk gjennom de strenge vilkårene for omsorgsovertakelse og adopsjon, reglene om at barn og foreldre har rett til samvær dersom barnet er flyttet vekk fra hjemmet, og reglene om at barnet i utgangspunktet skal tilbakeføres til foreldrene igjen når de kan gi forsvarlig omsorg. Også barnevernloven § 4-20a, tilføyd ved lovendring i 2010, som gir mulighet for å treffe vedtak om besøkskontakt mellom de biologiske foreldrene og barnet etter en tvangsadopsjon, kan ses som et utslag av prinsippet.

2.3.2 Lovforarbeider og offentlige utredninger

Heller ikke i de tidligste forarbeidene til barnevernloven er det biologiske prinsipp direkte uttalt. Allikevel fremgår det klart at barnevernlovgivningen bygger på prinsippet ved at utgangspunktet om at barn skal vokse opp hos sine biologiske foreldre er nevnt flere steder.

At barnevernloven bygger på et biologisk prinsipp kommer klarest frem i denne uttalelsen fra sosiallovutvalgets utredning fra 1985:

”Det er et grunnleggende prinsipp i vårt samfunn at foreldrene selv sørger for sine barn. Selv om det påvises svikt hos foreldrene i deres forhold til barna – kanskje problemer av alvorlig karakter – er utgangspunktet derfor at problemene primært bør søkes bedret ved hjelpetiltak. Et annet utgangspunkt ville bryte radikalt med de rådende normer og verdisynspunkter, og forutsette en helt annen samfunnsstruktur enn den vi har idag.

²⁷ NOU 2012:5 s. 41.

²⁸ St.meld. nr. 39 (1995-1996) s. 18.

Dette betyr ikke i seg selv en nedprioritering av barnets interesser. Det er sterke følelsesmessige bånd mellom foreldre og barn og disse bånd er det grunn til å bevare og styrke.”²⁹

I forbindelse med sosiallovutvalgets drøftelser av samværsrett og spørsmål om tilbakeføring etter omsorgsovertakelse ble også biologiens egenverdi trukket frem.³⁰

I det videre arbeidet frem mot barnevernloven av 1992 ble i all hovedsak uttalelsene til sosiallovutvalget om forholdet mellom foreldre og barn videreført. Barne- og familiedepartementet understreket foreldrenes primæransvar som omsorgsgivere kontra barnevernets sekundæransvar i innledningen til proposisjonen:

”Omsorg og oppdragelse er i første rekke foreldrenes ansvar. De har plikt til å ivareta barns materielle, psykologiske og sosiale behov. Den offentlige barneverntjenesten skal yte service og hjelp, og om nødvendig, overta foreldrenes ansvar når foreldrene ikke er istand til å ivareta barnets behov på en tilfredsstillende måte.”³¹

I forbindelse med samværsretten påpekte departementet også verdien for barn av å opprettholde kontakten med de biologiske foreldrene:

”Nyere forskning har vist at det i mange tilfelle er svært viktig for barn i fosterhjem å opprettholde kontakt med sine biologiske foreldre, både fordi det er sterke følelsesmessige bånd mellom barna og foreldrene, og for at barnet derigjennom kan få en følelse av kontinuitet i livet sitt. Enkelte forskere har også pekt på fosterforeldres ansvar når det gjelder å hjelpe barnet med å huske sin fortid, nettopp fordi opplevelsen av kontinuitet er viktig for barnet.”³²

Det fremgår ingen nærmere henvisning til den nyere forskningen som er nevnt i sitatet fra proposisjonen, eller eventuelle motstridende resultater, men det er tatt et visst forbehold om betydningen av båndene mellom barn og foreldre ved bruk av ordene ”i mange tilfelle”.

Det biologiske prinsipp har også blitt omtalt i senere lovforarbeider om endringer i barnevernloven og utredninger om barnevernet. Blant annet gis det en kort oversikt over prinsippet i

²⁹ NOU 1985:18 s. 157.

³⁰ NOU 1985:18 s. 168 og 171.

³¹ Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) s. 12.

³² Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) s. 51.

stortingsmeldingen fra 1995-96, og her ble også begrepet ”det biologiske prinsipp” brukt.³³ Senere har prinsippets betydning blitt presisert og tydeliggjort gjennom flere forslag til lovendringer i barnevernloven.

I 2012 kom det en offentlig utredning fra Raundalenuutvalget der det er redegjort for det biologiske prinsipp og anvendelsen av prinsippet i barnevernet. I utredningen oppsummeres betydningen av det biologiske prinsipp slik:

”Det biologiske prinsipp har, i likhet med øvrige grunnprinsipper i barnevernretten, flere rettslige funksjoner. At prinsippet utgjør en grunnverdi som barnevernloven bygger på og gjenspeiler verdier som ligger til grunn for sentrale menneskerettigheter, får betydning for tolkningen av regelverket og for den konkrete skjønnsutøvelsen i enkeltsaker. Prinsippet har derfor betydning for om, og eventuelt hvilke, rettslige bånd foreldre og barn skal ha.”³⁴

Utvalget konstaterer også at det biologiske prinsipp ikke gir uttrykk for en konkret regel som enten må følges eller brytes, men at det mer er en generell norm som må vurderes i det enkelte tilfellet, avveies mot andre relevante prinsipper, der barnets beste er av avgjørende betydning, og legges til grunn i større eller mindre grad.³⁵

Utvalget introduserte også et nytt prinsipp, kalt ”det utviklingsstøttende tilknytningsprinsipp”, som de ønsket å gi forrang i forhold til det biologiske prinsipp i saker der tilknytnings- og relasjonskvaliteten er til hinder for barnets utvikling.³⁶ Dette prinsippet vil det bli redegjort nærmere for i punkt 2.4.2.

2.3.3 Rettspraksis

Det er domstolene som i siste instans avgjør hvordan gjeldende rett skal forstås. Etter tvisteloven § 36-5 tredje ledd, jf. barnevernloven § 7-24 kan retten prøve en barnevernsak fullt ut, altså kan den overprøve fylkesnemndas skjønsmessige vurderinger.

Det biologiske prinsipp er sjeldent uttrykkelig nevnt av domstolen i barnevernsaker, til tross for at det ofte blir påberopt av barnets foreldre. Begrepet ble første gang brukt av Høyesterett i Rt. 1991 s. 668, som gjelder spørsmålet om tilbakeføring av barn etter omsorgsovertakelse. På side 674 i dommen bruker retten begrepet når de redegjør for en tidligere dom, Rt. 1984 s.

³³ St.meld. nr. 39 (1995-1996) s. 18.

³⁴ NOU 2012:5 s. 49.

³⁵ NOU 2012:5 s. 49.

³⁶ NOU 2012:5 s. 86.

289, som har betydning for hvordan tilbakeføringskravet skal forstås. Det biologiske prinsipp ble brukt som en henvisning til utgangspunktet om at barn skal vokse opp hos sine foreldre. Fire av de fem dommerne i Høyesterett kom til at omsorgen skulle oppheves og barnet tilbakeføres til moren, men saken er av førstvoterende omtalt som et vanskelig grensetilfelle.

I ettertid har Høyesterett kun brukt begrepet det biologiske prinsipp direkte i ytterligere to barnevernsaker. Den første, i Rt. 1995 s. 479, gjaldt også spørsmålet om tilbakeføring av omsorgen til biologisk mor. I denne dommen kom retten til at omsorgsovertakelsen ikke skulle oppheves, fordi dette ville innebære en risiko for alvorlige problemer for den 8 år gamle gutten. Høyesterett uttaler i dommen at det biologiske prinsipp må nedtones i en sak som den foreliggende, der barnet har hatt så å si ingen kontakt med sin biologiske mor de siste årene, samtidig som han har fått en sterk tilknytning til fosterforeldrene og hjemmet.³⁷

Den siste høyesterettsdommen der begrepet er direkte brukt gjaldt retten til samvær etter omsorgsovertakelse for biologiske foreldre, og er inntatt i Rt. 2012 s. 1832. Høyesterett foretar her en gjennomgang av det biologiske prinsipp ved å henvise til ekspertutvalgets utredning om prinsippet fra 2012. Retten legger til grunn at foreldres rett til samvær med sine barn er et utslag av det biologiske prinsipp.³⁸ Dommen vil bli nærmere omtalt i punkt 2.4.2.

Selv om begrepet sjeldent har blitt direkte anvendt av Høyesterett, blir ofte innholdet i prinsippet brukt som argument.

2.4 Hva utfordres det biologiske prinsipp av?

2.4.1 Hensynet til barnets beste

De fleste barn vokser opp under gode forhold hos foreldre som gir dem tilfredsstillende omsorg, og i slike tilfeller vil hensynet til barnets beste trekke i samme retning som det biologiske prinsipp. For noen barn vil imidlertid det beste være å vokse opp et annet sted enn hos de biologiske foreldrene, og kanskje vil ikke en gang det å ha kontakt med foreldrene være et gode for barnet. Det biologiske prinsipp vil i slike tilfeller ikke samsvare med hva som er barnets beste, og det blir et spørsmål om hvilket av prinsippene som skal tillegges størst vekt.

Etter barnevernloven § 4-1 første ledd skal det legges avgjørende vekt på å finne tiltak som er til barnets beste. Også i forarbeidene er det gjort klart at hensynet til barnets beste skal være et overordnet prinsipp som skal tillegges avgjørende vekt, mens det biologiske prinsipp bare er

³⁷ Rt. 1995 s. 479, side 485.

³⁸ Rt. 2012 s. 1832, avsnitt 27.

et av flere momenter som skal komme inn i vurderingen av hva som er til beste for barnet.³⁹ Dette er også i samsvar med barnekonvensjonen artikkel 3 der det understrekes at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn ved alle handlinger som berører barn.

Ved grunnlovsendring 13. mai 2014 ble det vedtatt en ny bestemmelse i Grunnloven § 104 som omhandler barns rettigheter. Selv om de øvrige menneskerettighetene som er nedfelt i norsk rett også gjelder for barn, er det viktig at denne sårbare gruppen nå har fått et særlig vern ved at deres rettigheter er beskyttet i Grunnloven.⁴⁰ I § 104 annet ledd er det slått fast at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn ved handlinger og avgjørelser som berører barn. Dette gjør at vi nå har fått en overordnet, generell bestemmelse om at det alltid skal tas hensyn til hva som er barnets beste uavhengig av hvilket rettsområde man befinner seg på. Grunnlovsfestingen øker prinsippets stilling i norsk rett, men vil neppe føre til noen endring i dagens rettstilstand, siden det samme allerede følger av barnekonvensjonen artikkel 3 og av noen enkeltbestemmelser i lovgivningen ellers.⁴¹

Den seneste avklaringen av forholdet mellom det biologiske prinsipp og barnets beste er gjort i proposisjonen fra 2012-2013, der det er uttalt at det overordnede prinsippet om barnets beste skal være grunnregelen for barnevernet, mens det biologiske prinsipp skal være et av flere faglige prinsipper som barnets beste skal baseres på.⁴²

Det er etter dette klart at prinsippet om barnets beste må få større vekt enn det biologiske prinsipp i tilfeller der de to prinsippene tydelig trekker i hver sin retning. I de fleste tilfeller vil imidlertid ikke situasjonen være så åpenbar, og det biologiske prinsipp vil da komme inn som et av flere elementer i vurderingen av hva som er best for barnet.

2.4.2 "Det utviklingsstøttende tilknytningsprinsipp"

Det utviklingsstøttende tilknytningsprinsipp er utviklet av Raundalenuutvalget i utredningen fra 2012. Prinsippet går ut på at samspillet mellom barn og deres omsorgspersoner er av avgjørende betydning for barns utvikling og fungering. Tilknytningsforskning må derfor tillegges avgjørende vekt når det skal tas beslutninger om hvor barnet skal bo, hvilket samvær som skal fastsettes og ved spørsmål om det skal skje en tilbakeføring av barnet til de biologiske foreldrene. Bakgrunnen for utvalgets ønske om å innføre det nye prinsippet er at dersom relasjonen mellom barnet og de biologiske foreldrene er svak og egenverdien av det biologiske prinsipp tillegges for stor vekt, kan dette føre til at barnet vokser opp under ugunstige omsorgsbeting-

³⁹ Se blant annet Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) s. 28.

⁴⁰ Innst.186 S (2013-2014) s. 29.

⁴¹ Innst.186 S (2013-2014) s. 30.

⁴² Prop.106 L (2012-2013) s. 82.

elser. Utvalget anbefaler derfor at det utviklingsstøttende tilknytningsprinsipp skal ha forrang i forhold til det biologiske prinsipp i saker der tilknytnings- og relasjonskvaliteten er til hinder for barnets utvikling, men støtter at barnets beste fortsatt skal være det overordnede prinsippet i barnevernet.⁴³

I Rt. 2012 s. 1832, som gjelder biologiske foreldres rett til samvær med barn etter omsorgsovertakelse, blir bruk av Raundalenuutvalgets prinsipp om utviklingsstøttende tilknytning avvist av Høyesterett:

”Anbefalingen har møtt motbør, idet flere høringsinstanser har vært kritiske. Det fremstår på den bakgrunn som uklart hva som vil komme ut av utvalgsarbeidet. Avgjørelsen i denne saken må uansett bygge på gjeldende rett, og i så måte gir utredningen på dette punkt etter mitt syn liten veiledning.”⁴⁴

I dommen fastholder Høyesterett at foreldres rett til samvær med sine barn er et utslag av det biologiske prinsipp. Det må foretas en konkret vurdering av samværets omfang i det enkelte tilfellet, der det er hensynet til barnets beste som skal tillegges avgjørende vekt.⁴⁵

I proposisjonen som legges frem i ettertid er departementet imidlertid enige i at utviklingsstøttende tilknytning er viktig for barnet, og at det skal være en sentral del av barnevernets faglige arbeid å sikre barnet dette. De ønsker derfor at det innføres et nytt prinsipp om utviklingsstøttende tilknytning til hjelp i vanskelige saker. Departementet er imidlertid klare på at barnets beste fortsatt skal være det overordnede prinsippet i barnevernet, og at det utviklingsstøttende tilknytningsprinsipp, det biologiske prinsipp, det mildeste inngreps prinsipp og barnets rett til medvirkning bare skal være fire faglige prinsipper som skal inngå i vurderingen av hva som er det beste for barnet. Det fremgår ikke at departementet ønsker å gi det utviklingsstøttende tilknytningsprinsipp noen forrang i forhold til det biologiske prinsipp.⁴⁶ Familie- og kulturkomiteen er i hovedsak enige i departementets vurderinger av dette nye prinsippet.⁴⁷

Spørsmålet blir om det med dette er innført et nytt prinsipp i barnevernet, og hvilken vekt prinsippet eventuelt skal ha. I den omtalte dommen fra 2012 avviste Høyesterett at utredningen i seg selv endret gjeldende rett. Det må eventuelt være den senere behandlingen av spørsmålet, i forarbeidene til lovendringen av 21. juni 2013, som har gitt utviklingsstøttende til-

⁴³ NOU 2012:5 s. 80-81 og s. 86.

⁴⁴ Rt. 2012 s. 1832, avsnitt 30.

⁴⁵ Rt. 2012 s. 1832, avsnitt 27 og 36.

⁴⁶ Prop.106 L (2012-2013) s. 82-83.

⁴⁷ Innst.395 L (2012-2013) s. 30.

knytning vekt som et prinsipp.⁴⁸ Det må fremheves at lovendringen ikke har ført til at det utviklingsstøttende tilknytningsprinsipp har fått noen plass i lovteksten, men at lovens forståelse allikevel kan ha blitt endret som følge av lovbehandlingen uten at dette har gitt seg utslag i lovteksten.⁴⁹ Det som er problematisk med innføringen av prinsippet er at det har skjedd i proposisjonens ”meldingsdel”, og ikke i dens ”proposisjonsdel”. Allikevel tyder formuleringene i proposisjonen på at departementet har ment å gjøre en endring. Departementet sier seg blant annet enig med utvalget i at ”tilknytnings- og relasjonskvalitet er et svært viktig moment i barnevernets vurderinger”, og uttaler at ”[d]ette er momenter som naturlig skal inngå i den konkrete og helhetlige vurderingen av barnets beste”.⁵⁰ Spørsmålet om gjeldende rett er endret som følge av lovbehandlingen, er nylig blitt behandlet i en lagmannsrettsdom som gjelder de biologiske foreldrenes rett til samvær med barnet etter en omsorgsovertakelse. Lagmannsretten legger, etter en gjennomgang av lovforarbeidene, til grunn at utviklingsstøttende tilknytning ved lovendringen ble innført som et nytt prinsipp som skal inngå i barnevernets vurderinger.⁵¹

Jeg vil etter dette konkludere med at det som følge av lovbehandlingen har blitt innført et nytt prinsipp om utviklingsstøttende tilknytning i barnevernet, og at dommen fra 2012 derfor ikke lenger er retningsgivende på dette punkt. Angående hvilken vekt prinsippet skal ha, sier proposisjonen bare at det overordnede prinsippet fremdeles skal være hensynet til barnets beste, og at vurderingen av hva som er til barnets beste skal baseres på de fire faglige prinsippene som er nevnt ovenfor. Det virker ikke som at departementet har ønsket å gi det utviklingsstøttende tilknytningsprinsipp noen forrang i forhold til det biologiske prinsipp, slik Raundale-nutvalget ønsket, og jeg vil derfor konkludere med at de to prinsippene i utgangspunktet skal tillegges samme vekt.

2.4.3 Ikke-biologiske familieforhold

I vårt moderne samfunn har det blitt stadig større muligheter og aksept for familieforhold som ikke er biologiske. I forbindelse med en lovendring i 2008 som ga homofile par lik rett til å inngå ekteskap som heterofile par, ble det også gjort endringer i barneloven som gjorde det mulig for to kvinner å få barn sammen. Barnet vil da få en mor og en medmor i stedet for en mor og en far. Medmoren vil ikke ha noen biologisk tilknytning til barnet, men vil allikevel få rettslig stilling som forelder etter barneloven § 4 a.

⁴⁸ Prop.106 L (2012-2013) og Innst.395 L (2012-2013).

⁴⁹ Se til sammenlikning Oppedal (2008) s. 129 om endringen av forståelsen i barnevernloven § 4-6 annet ledd.

⁵⁰ Prop.106 L (2012-2013) s. 82.

⁵¹ LA-2013-197977. Prinsippet er behandlet i avsnittene 6 til 10 under lagmannsrettens bemerkninger.

Den teknologiske utviklingen har gitt par som ikke klarer å få barn på egenhånd muligheten til assistert befruktning etter bioteknologiloven⁵² kapittel 2. Morens ektefelle eller samboer vil i et slikt tilfelle kunne bli juridisk forelder etter barneloven selv om han eller hun ikke er biologisk forelder.

Heller ikke ved en adopsjon vil det foreligge noen biologiske bånd mellom adoptivbarnet og adoptivforeldrene. Etter adopsjonsloven⁵³ § 13 vil allikevel adoptivbarnet få den samme rettsstilling i forhold til adoptivforeldrene som om det hadde vært deres egne fødte barn, og rettsforholdet til den opprinnelige slekten vil falle bort.

Hvilken virkning disse ikke-biologiske familieforholdene vil få for hvordan det biologiske prinsipp skal forstås i barnevernloven vil det bli nærmere redegjort for i punkt 4.2.1, og jeg vil derfor ikke gå nærmere inn på det her.

2.5 Spesielt om tilbakeføring etter barnevernloven § 4-21

2.5.1 Innledning

Et vedtak om omsorgsovertakelse er i utgangspunktet midlertidig, og skal oppheves så snart forholdene ligger til rette for at barnet kan tilbakeføres til de biologiske foreldrene. Oppheving av vedtak om omsorgsovertakelse følger av barnevernloven § 4-21, og er blant de bestemmelsene i lovgivningen hvor det biologiske prinsipp har fått gjennomslag. Den bygger på en forutsetning om at barn bør vokse opp hos sine biologiske foreldre dersom dette er mulig. Det klare utgangspunktet er etter første punktum at omsorgsovertakelsen skal oppheves når foreldrene kan gi barnet forsvarlig omsorg. I annet punktum er det gjort unntak fra dette dersom barnet har fått en slik tilknytning der det er, at det kan føre til alvorlige problemer for barnet dersom det blir flyttet tilbake. Barneverntjenesten har etter barnevernloven § 4-16 første punktum ansvar for å følge barnets og foreldrenes utvikling etter en omsorgsovertakelse, blant annet for å ha grunnlag for å vurdere om vilkårene for omsorgsovertakelse fremdeles er til stede eller om barnet skal tilbakeføres til foreldrene.⁵⁴

2.5.2 Vilkår for oppheving av omsorgsovertakelsen

2.5.2.1 Foreldrene kan gi barnet forsvarlig omsorg

Utgangspunktet er etter § 4-21 første punktum at det skal fattes vedtak om opphevelse av omsorgsovertakelsen når det er ”overveiende sannsynlig at foreldrene kan gi barnet forsvarlig omsorg”. For at dette skal være tilfelle må den situasjonen som nødvendiggjorde den opprin-

⁵² Lov om humanmedisinsk bruk av bioteknologi m.m. av 5. desember 2003 nr. 100.

⁵³ Lov om adopsjon av 28. februar 1986 nr. 8.

⁵⁴ Ofstad (2009) s. 198.

nelige omsorgsovertakelsen ha endret seg. I følge sosiallovutvalgets utredning, som det vises til i proposisjonen, ligger det i kravet om forsvarlig omsorg at foreldrene må være i stand til å gi barnet et alminnelig godt hjem og at dette kan antas å bli en stabil situasjon. Dersom barnet har særlige behov, må det også vurderes om foreldrene vil kunne mestre dette.⁵⁵ Hvilken omsorgsevne som kreves vil altså variere avhengig av det enkelte barns behov, og det vil ikke alltid være tilstrekkelig at foreldrene har alminnelig omsorgsevne.⁵⁶ Ved avgjørelsen av om foreldrene kan gi barnet forsvarlig omsorg må det både vurderes om de ytre rammene for omsorg er gode nok, slik som bolig, klær, oppfølging av skole og fritidsaktiviteter, og om barnets følelsesmessige behov for kontakt og trygghet vil bli ivarettatt. Det skal derimot ikke foretas noen sammenlikning mellom omsorgsevnen hos fosterforeldrene og hos de biologiske foreldrene. Når det skal vurderes om foreldrenes omsorg vil bli god nok, må det også tas i betraktning om eventuelle problemer kan avhjelpes ved hjelpetiltak etter barnevernloven § 4-4.⁵⁷

Ved lovendring i 2009 ble beviskravet for tilbakeføring skjerpet til ”overveiende sannsynlig”. Dette innebærer at det kreves en klar sannsynlighetsovervekt, godt over 51 % sannsynlighet, for at foreldrene kan gi det enkelte barn forsvarlig omsorg. Som begrunnelse for å skjerpe beviskravet ble det vist til at for å sikre barns utvikling best mulig er det viktig at de får oppleve en trygg og stabil omsorgssituasjon som møter deres individuelle behov.⁵⁸ Det skjerpede beviskravet er uttrykk for et ønske om at hensynet til barnets beste skal veie tyngre i avveiningen mellom dette prinsippet og det biologiske prinsipp.

Sandberg har i sin bok om tilbakeføring av barn etter omsorgsovertakelse redegjort for hvilken betydning lovens biologiske utgangspunkt kan sies å ha hatt for Høyesteretts vurderinger av om omsorgen som foreldrene kan gi barnet er forsvarlig. Hun mener det er en mulighet for at ulike konklusjoner fra flertall og mindretall med hensyn til om dette vilkåret er oppfylt eller ikke kan skyldes en ulik vektlegging av det biologiske prinsipp. En dommer som setter prinsippet høyt vil kanskje være villig til å utsette barnet for en noe større belastning i omsorgssituasjonen enn det en dommer som legger noe mindre vekt på prinsippet vil være. Det er imidlertid ikke mulig å konstatere med sikkerhet at det er ulikhet i de grunnleggende holdningene hos dommerne som er bakgrunnen, ettersom det er ulike vurderinger av faktum som er den åpne grunnen til at det blir dissens.⁵⁹

⁵⁵ NOU 1985:18 s. 171, vist til i Ot.prp. nr.44 (1991-1992) s. 54.

⁵⁶ Sandberg (2003) s. 198.

⁵⁷ Ofstad (2009) s. 201-202.

⁵⁸ Ot.prp. nr. 69 (2008-2009) s. 25.

⁵⁹ Sandberg (2003) s. 285-286.

2.5.2.2 *Virkningene for barnet av en tilbakeføring*

Dersom det etter første punktum legges til grunn at foreldrene kan gi barnet forsvarlig omsorg, må det dernest vurderes hvilken virkning det vil ha for barnet å bli tilbakeført til de biologiske foreldrene. Etter § 4-21 annet punktum skal omsorgsovertakelsen likevel opprettholdes dersom ”barnet har fått slik tilknytning til mennesker og miljø der det er, at det etter en samlet vurdering kan føre til alvorlige problemer for barnet om det blir flyttet”.

Det er lagt til grunn at vilkårene for tilbakeføring etter § 4-21 er i samsvar med de vilkår som fulgte av den tidligere barnevernlovens § 48 annet ledd, slik at rettspraksis etter den gamle loven fortsatt er av betydning.⁶⁰ Selv om den gamle loven ikke uttrykkelig gjorde unntak fra hovedregelen om tilbakeføring av barnet når foreldrene kan gi forsvarlig omsorg, var et unntak innfortolket i bestemmelsen gjennom Høyesteretts praksis.⁶¹ Etter lovendringen i 2009 som skjerpet beviskravet i første punktum, vil ikke dommene lenger være retningsgivende med hensyn til terskelen for tilbakeføring, men med hensyn til hvordan vilkårene ellers skal forstås er de fortsatt viktige.⁶²

I proposisjonen er det uttalt at enhver flytting vil kunne medføre problemer for et barn og at det derfor må foretas en vurdering av situasjonen og problemene for barnet både på kort og lang sikt for å finne ut om disse problemene vil bli ”alvorlige”.⁶³

Vilkåret om at tilbakeføringen kan føre til ”alvorlige problemer” for barnet er av Høyesterett tolket slik at det må være en ”reell fare for skadevirkninger av betydning på lengre sikt”.⁶⁴ Det må derfor foretas en vurdering ut ifra den forventede utviklingen i et lengre tidsperspektiv, slik at problemer som oppstår i en overgangsfase vil kunne aksepteres. Momenter som kan ha betydning i denne vurderingen er barnets alder da det ble tatt under omsorg, varigheten av omsorgsovertakelsen, hvordan barnet har utviklet seg i løpet av omsorgsperioden og hvor god tilknytning barnet har fått til fosterhjemmet og miljøet rundt. Det må også tas med i vurderingen hvor godt forhold barnet har til de biologiske foreldrene, hvor mye kontakt de har hatt i løpet av omsorgsperioden, om barnet har spesielle behov som gjør det ekstra sårbart for miljøforandringer og foreldrenes evne til å takle problemer som kan oppstå i forbindelse med tilbakeføringen.⁶⁵ For vurderingen som skal foretas etter annet punktum stilles det bare krav om alminnelig sannsynlighetsovervekt.

⁶⁰ Se blant annet Rt. 1992 s. 1303, side 1306 og Rt. 1996 s. 1684, side 1689.

⁶¹ Sandberg (2003) s. 187.

⁶² NOU 2012:5 s. 116.

⁶³ Op.prp. nr. 44 (1991-1992) s. 55.

⁶⁴ Se Rt. 2004 s. 1683, avsnitt 32 med henvisning til tidligere rettspraksis.

⁶⁵ Se for eksempel Ofstad (2009) s. 203 og Bendiksen (2014) s. 286.

I saker der det er virkningene for barnet av en tilbakeføring som er det tvilsomme, vil som regel det biologiske utgangspunkt bli trukket mer åpent inn i argumentasjonen enn dersom det er foreldrenes omsorgsevne som er omtvistet. I Rt. 1984 s. 289 la Høyesterett til grunn at det etter loven må anses som en egenverdi at barnet kan vende tilbake til foreldrene, men at de hensyn som taler mot å oppheve en omsorgsovertakelse vil kunne være så tungtveiende at lovens utgangspunkt må fravikes. I dommen ble det trukket frem at verdien for barnet av å bli flyttet hjem var dels at den rettslige forankringen til foreldrehjemmet er langt sterkere enn til fosterhjemmet, og dels at det på lengre sikt vil kunne føles som et savn for barnet ikke å få vokse opp hos foreldrene.⁶⁶ Også i Rt. 1997 s. 170 omtales det som en egenverdi at et barn får vokse opp hos de biologiske foreldrene. Dette gjelder særlig når barnet begynner å søke etter sin identitet. Noe som trolig også kan forsterke problemene for barnet i denne prosessen, er å vokse opp hos fosterforeldre som har en annen etnisk og kulturell opprinnelse enn barnet har.⁶⁷

Hvilken vekt det biologiske prinsipp bør få ved spørsmål om tilbakeføring der barnet har vært lenge i fosterhjem er vurdert av Høyesterett i noen saker. I Rt. 1991 s. 668 er det uttalt at ”lovgivningens utgangspunkt om at barn bør vokse opp hos sine biologiske foreldre, får mindre betydning når det er spørsmål om tilbakeføring etter en langvarig fosterhjems plassering”.⁶⁸ Noe av det samme er sagt i Rt. 1995 s. 479, der det uttales at ”det biologiske prinsipp må nedtones i tilfeller som det foreliggende, hvor barnet har fått en så sterk tilknytning til fosterforeldrene og hjemmet”.⁶⁹ Den første dommen endte med tilbakeføring av gutten som hadde vært i fosterhjem i seks år, siden han var åtte måneder gammel. Kontakten med moren var opprettholdt gjennom samvær, og barnet hadde et godt forhold til både moren og stefaren. I den andre saken ble kravet om tilbakeføring ikke tatt til følge. Den åtte år gamle gutten hadde vært i fosterhjem siden han var to år og seks måneder gammel, og hadde ikke hatt noen kontakt med moren de siste fem årene. Dersom de to dommene leses i sammenheng ser det ut til at en langvarig fosterhjems plassering i kombinasjon med manglende tilknytning til de biologiske foreldrene kan føre til at det biologiske prinsipp gis mindre vekt enn ellers. Det vil i denne sammenheng ha betydning hvor gammelt barnet var da det ble tatt under omsorg, og om kontakten med de biologiske foreldrene har vært opprettholdt.⁷⁰ Egenverdien det har for et barn å vokse opp hos sine biologiske foreldre må dermed bli en del av den samlede vurdering

⁶⁶ Rt. 1984 s. 289, side 297-299.

⁶⁷ Rt. 1997 s. 170, side 175.

⁶⁸ Rt. 1991. S 668, side 675.

⁶⁹ Rt. 1995 s. 479, side 485.

⁷⁰ Sandberg (2003) s. 186.

som må foretas når det skal avgjøres om en tilbakeføring vil føre til ”alvorlige problemer” for barnet.

Innføringen av det utviklingsstøttende tilknytningsprinsipp i barnevernloven kan ha ført til at man nå vil være mer varsom med å flytte et barn tilbake til de biologiske foreldrene dersom relasjonen mellom barnet og foreldrene er svak. Terskelen for å konstatere at en flytting vil føre til ”alvorlige problemer” for barnet kan derfor, som en konsekvens av det nye prinsippet, ha blitt noe lavere i saker der tilknytnings- og relasjonskvaliteten kan være til hinder for barnets utvikling.⁷¹

Etter siste punktum i § 4-21 første ledd skal barnets fosterforeldre gis rett til å uttale seg før et vedtak om omsorgsovertakelse oppheves. Fosterforeldrene er ikke parter i saken, men en uttalelse fra dem kan bidra til å få saken forsvarlig opplyst. Etter barnevernloven § 6-3 skal også et barn som har fylt 7 år, og yngre barn som er i stand til å danne seg egne synspunkter, informeres og gis anledning til å uttale seg før et vedtak om omsorgsovertakelse oppheves. Barnets mening skal tillegges vekt i samsvar med dets alder og modenhet. I Rt. 2012 s. 900 er det lagt til grunn av Høyesteretts ankeutvalg at en avgjørelse etter § 4-21 ikke kan treffes uten at det aktuelle barnet har hatt anledning til å bli hørt. Selv om barnets mening skal tillegges vekt, så skal den ikke nødvendigvis tillegges avgjørende vekt. En grunn til dette er at barnets mening i saker om tilbakeføring ofte kan være preget av sterk lojalitet til enten foreldrene eller fosterforeldrene, og kan være svært skiftende.⁷²

Det følger av § 4-21 første punktum at omsorgsovertakelsen ”skal” oppheves dersom foreldrene kan gi forsvarlig omsorg og det ikke er fare for skadevirkninger for barnet. I et slikt tilfelle skal det ikke foretas noen skjønnsmessig vurdering av om tilbakeføring også vil være til barnets beste etter barnevernloven § 4-1. En vurdering av barnets beste er til en viss grad allerede foretatt etter § 4-21 annet punktum. Dersom det er tvil om vilkårene for tilbakeføring er oppfylt, eller nemnda eller retten kommer til at vilkårene ikke er til stede, kan det allikevel være rom for å foreta en vurdering av om det vil være til barnets beste å bli tilbakeført etter § 4-1.⁷³

⁷¹ Se oppgavens punkt 2.4.2 om det utviklingsstøttende tilknytningsprinsipp.

⁷² Se Ofstad (2009) s. 205-207, med henvisning til rettspraksis.

⁷³ Det er delte meninger i litteraturen om en slik vurdering skal foretas, se Sandberg (2003) s. 208-210, Ofstad (2009) s. 209, Lindboe (2012) s. 124 og Bendiksen (2014) s. 287.

2.5.2.3 Vedtak om tilbakeføring må treffes av fylkesnemnda

Etter første punktum i § 4-21 skal et vedtak om omsorgsovertakelse oppheves av fylkesnemnda, og barneverntjenesten har ikke myndighet til å gjennomføre en tilbakeføring på egenhånd. Dette ble fastslått av Høyesterett i en kjennelse så sent som i Rt. 2012 s. 967. Retten viste til at barneverntjenesten ikke har hjemmel til å foreta tilbakeføring uten at det foreligger formell opphevelse av omsorgsvedtaket fra fylkesnemnda. Skulle en slik tilbakeføring allikevel bli foretatt av barneverntjenesten før saken har vært oppe til avgjørelse, plikter fylkesnemnda fortsatt å realitetsbehandle begjæringen.⁷⁴

2.6 Hvordan preger det biologiske prinsipp barnevernloven § 4-21?

Begge vilkårene for tilbakeføring i barnevernloven § 4-21 er preget av det biologiske prinsipp. Etter bestemmelsens første punktum kommer prinsippet særlig til uttrykk ved at det ikke skal fortas noen sammenlikning mellom foreldrenes og fosterforeldrenes omsorgsevne. Dersom foreldrene kan gi barnet forsvarlig omsorg, har de i utgangspunktet rett til å få barnet tilbakeført til seg, selv om det er opplagt at fosterforeldrene har bedre omsorgsevne enn dem.

Etter annet punktum kan barnet allikevel bli under omsorg dersom det kan føre til alvorlige problemer om det blir flyttet. Her er det særlig uttrykket ”alvorlige problemer” som gir uttrykk for at det biologiske prinsipp preger bestemmelsen.

⁷⁴ Rt. 2012 s. 967, avsnitt 24 og 25.

3 Retten til familieliv og gjenforeningskravet

3.1 Retten til respekt for familielivet

Retten til respekt for familielivet er regulert i Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen artikkel 8, som Norge er bundet av ved at konvensjonen er ratifisert og senere inkorporert i norsk rett gjennom menneskerettsloven av 1999. Konvensjonen gjelder som norsk lov, og gjennom menneskerettsloven § 3 er den gitt forrang i forhold til annen lovgivning ved motstrid. Selv om barn er gitt en særlig beskyttelse gjennom barnekonvensjonen, gjelder også rettighetene i EMK for barn.

Selv om EMK går foran annen norsk lovgivning ved motstrid, er den allikevel underlagt Grunnloven. For å styrke menneskerettighetenes stilling i norsk rett ytterligere ble det ved grunnlovsvedtak av 13. mai 2014 gjennomført en revisjon av Grunnloven der noen sentrale menneskerettigheter ble samlet i et nytt kapittel E med overskriften ”Menneskerettigheter”. I ny § 102 er retten til respekt for familieliv lovfestet med tilsvarende ordlyd som i EMK artikkel 8, og denne rettigheten har dermed fått ytterligere vern ved at den er gitt grunnlovs rang. Vern mot inngrep i rettighetene fra myndighetenes side, som tidligere var ulovfestet ved det såkalte legalitetsprinsippet, er også gitt en styrket stilling ved at ny § 113 i Grunnloven nå bestemmer at ”inngrep overfor den enkelte må ha grunnlag i lov”.

3.1.1 EMK artikkel 8 nr. 1

Etter EMK artikkel 8 nr. 1 har enhver rett til respekt for sitt familieliv. Siden det kun er staten som er forpliktet av konvensjonen, vil bestemmelsen primært virke som en beskyttelse mot inngrep fra statsmakten i familielivet. Men den kan også få indirekte betydning for forholdet mellom privatpersoner, ved at konvensjonens artikkel 1 pålegger staten å sikre menneskerettighetene og dermed sette i verk positive tiltak for å hindre privates inngrep i andres familieliv. Positive tiltak fra statens side for å sikre menneskerettighetene vil særlig bestå i lovgivning og effektiv rettshåndhevelse.⁷⁵ Når barnevernet gjør inngrep vil dette i utgangspunktet innebære en innblanding i familielivet etter artikkel 8 nr. 1, men familielivet anses ikke å opphøre selv om barnet blir flyttet vekk fra hjemmet. EMD har i flere barnevernsaker uttalt seg om dette:

“The mutual enjoyment by parent and child of each other's company constitutes a fundamental element of family life; furthermore, the natural family relationship is not terminated by reason of the fact that the child is taken into public care.”⁷⁶

⁷⁵ Aall (2011) s. 53 og 195.

⁷⁶ Se for eksempel Olsson (I) v. Sweden, premiss 59.

Sitatet viser at dersom et barn bor adskilt fra sine foreldre vil det være muligheten for å opprettholde kontakten mellom dem ved samvær og annen kontakt som er beskyttet av bestemmelsen.

3.1.1.1 Hvem omfattes av familiebegrepet?

Hvilke relasjoner som er beskyttet av EMK artikkel 8 avhenger av hvem som omfattes av familiebegrepet og dermed har rett til familieliv med barnet. Siden menneskerettighetskonvensjonen er gjenstand for en dynamisk tolkning, vil det ikke være mulig å fastlegge en gang for alle hva familiebegrepet omfatter. Det vil avhenge av samfunnsutviklingen og de subjektive forholdene i den enkelte sak hvilke relasjoner som omfattes.⁷⁷

Lagoutte har i sin studie av EMDs praksis funnet at Domstolen anvender tre elementer eller kriterier når den skal avgjøre hvilke mellommenneskelige forhold som omfattes av familiebegrepet: det biologiske elementet, det juridiske elementet og det sosiale elementet, kalt faktisk familieliv.⁷⁸ Disse elementene kan alene eller i kombinasjon tilsi at et konkret forhold beskyttes av EMK artikkel 8.⁷⁹

I praksis fra EMD legges det til grunn at det eksisterer et familieliv mellom mor og barn allerede fra fødselen av.⁸⁰ Det samme gjelder mellom far og barn dersom faren har erkjent farskapet eller er registrert som far, og er gift eller lever i et ekteskapsliknende forhold med moren.⁸¹ Det skal mye til for at et familieliv som har oppstått på denne måten skal anses å være opphørt. Det vil som regel være nok til å anse forholdet mellom barnet og faren som familieliv at det har eksistert en relasjon mellom moren og faren i tiden rundt unnfangelse og fødsel.⁸² Dersom faren ikke har en slik tilknytning til moren eller barnet, vil ikke biologiske bånd i seg selv automatisk være nok til å konstatere familieliv. Det må da foretas en konkret vurdering av de faktiske forholdene for å avgjøre om det foreligger ”de facto family life”.⁸³

⁷⁷ Kilkelley (1999) s. 188.

⁷⁸ Lagoutte (2003) s. 294.

⁷⁹ Bendiksen (2008) s. 114.

⁸⁰ Marckx v. Belgium, premiss 31.

⁸¹ Lagoutte (2003) s. 296 og Lebbink v. the Netherlands, premiss 35 og 36.

⁸² Oppedal (2008) s. 105. I saken Kroon and others v. the Netherlands fikk ikke den biologiske faren registrere seg som far fordi moren hadde vært gift med en annen mann da de fikk barn sammen. Moren og den biologiske faren bodde ikke sammen, men hadde fått fire barn sammen, noe som var tilstrekkelig for å anse forholdet mellom faren og barnet som familieliv.

⁸³ Lagoutte (2003) s. 297-298 og Lebbink v. the Netherlands, premiss 37.

Også mellom andre biologiske slektninger og barnet kan det eksistere et familieliv. Det må for det første antas at forholdet mellom søsken og halvsøsken omfattes.⁸⁴ For andre slektninger må det foretas en konkret vurdering av de biologiske og faktiske bånd, der det generelt kan legges til grunn at det må stilles sterkere krav til faktisk tilknytning ettersom slektskapet blir fjernere. Forholdet mellom et barn og besteforeldre vil dermed kunne omfattes uten at det foreligger en særlig sterk faktisk tilknytning, mens det må kreves mer for at en fjernere slektning skal anses å ha familieliv med barnet.⁸⁵

I tilfeller der det ikke foreligger noen biologisk tilknytning vil det være den faktiske eksistensen av familieliv som er avgjørende. Dette er lagt til grunn i K. and T. (II) v. Finland der det uttales, i forbindelse med spørsmålet om det eksisterte et familieliv mellom det ene barnet og stefaren, at “the existence or non-existence of “family life” is essentially a question of fact depending upon the real existence in practice of close personal ties”.⁸⁶ Domstolen konkluderte med at det på tidspunktet for myndighetenes inngrep eksisterte et faktisk familieliv mellom barnet og stefaren. Det samme må etter en konkret vurdering av den faktiske tilknytningen kunne være tilfellet for stesøsken som bor i samme husstand.⁸⁷ Ved en adopsjon vil adoptivforeldrene rettslig sett bli barnets foreldre. Det vil i et slikt tilfelle ikke kreves særlig stor faktisk tilknytning for å konstatere familieliv, et ønske om og forsøk på å oppnå faktiske bånd kan være tilstrekkelig.⁸⁸

3.1.2 EMK artikkel 8 nr. 2

Retten til respekt for familielivet er ikke absolutt. Det offentlige har etter artikkel 8 nr. 2 på visse vilkår hjemmel til å gjøre inngrep i familielivet. For at et inngrep skal være berettiget må det være i samsvar med loven, tjene et av formålene som er dekket av artikkel 8 nr. 2 og kunne anses som ”nødvendig i et demokratisk samfunn”.

3.1.2.1 I samsvar med loven

Det første vilkåret som oppstilles er at inngrepet må være i samsvar med loven. Det er med dette åpenbart at det må finnes rettslig grunnlag for inngrepet i den nasjonale lovgivningen. For barnevernsvedtakene finnes hjemmelen for inngrep i barnevernloven. Det vil imidlertid ikke være tilstrekkelig for inngrep etter artikkel 8 at det har grunnlag i lovgivning, det stilles i

⁸⁴ Oppedal (2008) s. 106-107: Om dette finnes det lite praksis, men argumentasjonen i Olsson (I) v. Sweden, premiss 81 tyder på at søsken i utgangspunktet har rett til familieliv med hverandre, med mindre den faktiske tilknytningen er så svak at det ikke kan sies å eksistere et faktisk familieliv.

⁸⁵ Lagoutte (2003) s. 299-300 og Marckx v. Belgium, premiss 45.

⁸⁶ K. and T. (II) v. Finland, premiss 150.

⁸⁷ Oppedal (2008) s. 106.

⁸⁸ Bendiksen (2008) s. 120.

tillegg krav til lovgivningens kvalitet. Gjennom EMDs praksis oppstilles det for det første et krav om at hjemmelen må være tilgjengelig, og for det andre at den må være forutsigbar, slik at man har en rimelig mulighet til å forutse konsekvensene av en handling, også i de tilfeller hvor lovbestemmelsen åpner for en skjønnsmessig vurdering. Med hensyn til barnevern ble kravene grundig drøftet av EMD i dommen Olsson (I) v. Sweden i 1988, og senere fulgt opp i flere andre dommer.⁸⁹ EMD har akseptert at barnevern er et felt hvor det er vanskelig å utforme helt presise regler, og svært skjønnsmessige vilkår har blitt godtatt dersom de har vært fulgt av retningslinjer i forarbeider eller rettspraksis, og dersom faren for vilkårlig rettsanvendelse har blitt redusert på grunn av mulighetene for rettslig overprøving.⁹⁰

3.1.2.2 *Legitimt formål*

Det neste vilkåret er at inngrepet må tjene et legitimt formål. Hvilke formål som er relevante er listet opp i bestemmelsen, og denne listen er uttømmende.⁹¹ Etter formålsparagrafen i barnevernloven § 1-1 er formålet med loven ”å sikre at barn og unge som lever under forhold som kan skade deres helse og utvikling, får nødvendig hjelp og omsorg til rett tid”. Etter artikkel 8 nr. 2 er beskyttelse av barns helse, rettigheter og friheter legitime formål, og barnevernlovens formål er dermed dekket av bestemmelsen. Etter konvensjonen er det imidlertid det enkelte inngrepet som må tjene et legitimt formål. Barnevernloven § 4-1 bestemmer at tiltak etter loven skal være i samsvar med hva som er til barnets beste, og etter EMDs praksis er beskyttelse av barnets beste et lovlig formål etter EMK artikkel 8 nr. 2.⁹² Barnevernets inngrep vil dermed som utgangspunkt ha et legitimt formål etter konvensjonen.

3.1.2.3 *Nødvendig i et demokratisk samfunn*

Det siste vilkåret for at et inngrep i familielivet skal være legitimt etter konvensjonen er at det er nødvendig i et demokratisk samfunn (”necessary in a democratic society”) å foreta inngrepet.⁹³ Det er som regel dette vilkåret som volder tvil i de sakene som kommer inn for EMD. Gjennom en lang praksis har Domstolen utviklet detaljerte retningslinjer for hva som ligger i den materielle delen av nødvendighetskravet.⁹⁴ Det er presisert i praksis at kravet skal forstås som en mellomting mellom ”absolutt nødvendig” og ”ønskelig” eller ”nyttig”.⁹⁵ Nødvendighetskravet beskrives i rettspraksis som at de grunnene som anføres av myndighetene for å rettferdiggjøre et inngrep i familielivet må være relevante og tilstrekkelige (”relevant and suf-

⁸⁹ Olsson (I) v. Sweden, premiss 60-62.

⁹⁰ Bendiksen (2008) s. 137-138.

⁹¹ Bendiksen (2008) s. 138.

⁹² Se for eksempel Görgülü v. Germany, premiss 37 og gjennomgangen av vilkåret i Bendiksen (2008) s. 138-139.

⁹³ EMK artikkel 8 nr. 2.

⁹⁴ Oppedal (2008) s. 165.

⁹⁵ Bendiksen (2014) s. 49.

ficient”).⁹⁶ I EMDs avgjørelse Olsson (I) v. Sweden ble det uttalt at ”the notion of necessity implies that the interference corresponds to a pressing social need and, in particular, that it is proportionate to the legitimate aim pursued”.⁹⁷ Vurderingen av nødvendighet kan altså deles i to undervilkår. For det første må det være et påtrengende samfunnsmessig behov for å gjøre inngrep i familielivet, og for det andre må det være forholdsmessighet (proporsjonalitet) mellom inngrepet og det legitime formålet som inngrepet skal tjene.⁹⁸ Det er også fremhevet i EMDs praksis at vurderingen av hva som er til barnets beste under enhver omstendighet skal være av avgjørende betydning (”crucial importance”).⁹⁹

Når EMD skal avgjøre om et inngrep i familielivet er konvensjonsstridig eller ikke er de nasjonale myndighetene gitt et visst skjønnsmessig spillerom (”margin of appreciation”) som ikke vil bli overprøvd. Domstolens prøvingsrett vil dermed begrense seg til det som ligger utenfor skjønnsmarginen.¹⁰⁰ Grunnen til at myndighetene er gitt dette spillerommet er for det første at synet på når og hvordan det er hensiktsmessig å gripe inn i familielivet vil variere fra en stat til en annen. For det andre vil de nasjonale myndigheter, i motsetning til Domstolen i Strasbourg, stort sett ha hatt fordelene av direkte kontakt med alle de berørte parter allerede ved gjennomføringen av omsorgsvedtaket.¹⁰¹ Videre vil det ha gått lang tid fra myndighetenes opprinnelige vedtak ble gjennomført, til saken kommer opp for EMD. Dette skyldes både at alle nasjonale rettsmidler må være uttømt, jf. EMK artikkel 35 nr. 1, og at det tar tid å få en sak behandlet for EMD. Sist, men ikke minst, vil et tiltak som angår omsorgen for et barn som regel forutsette stor grad av skjønnsutøvelse, noe som er lite egnet for overprøvelse av en internasjonal domstol.¹⁰²

Hvor stor skjønnsmargin de nasjonale myndighetene tilgodekjennes vil variere avhengig av arten av og alvoret i de interesser som står på spill. På barnevernrettens område har EMD gitt myndighetene et bredt skjønnsmessig spillerom med hensyn til vurderingen av om omsorgsovertakelse er nødvendig, mens ytterligere inngrep, som innskrenkning av foreldreansvaret og samværsrestriksjoner, vil undergis en nøyere vurdering. Grunnen til dette skillet er at ytterligere inngrep i forbindelse med plasseringen medfører fare for at familierelasjonen mellom

⁹⁶ Se for eksempel K. and T. (II) v. Finland, premiss 154.

⁹⁷ Olsson (I) v. Sweden, premiss 67.

⁹⁸ Aall (2011) s. 142.

⁹⁹ Se for eksempel K. and T. (II) v. Finland, premiss 154.

¹⁰⁰ Bendiksen (2008) s. 141.

¹⁰¹ Se for eksempel K. and T. (II) v. Finland, premiss 154.

¹⁰² Grunnene til at EMD har begrenset sin prøvingsrett er omtalt i Bendiksen (2008) s. 141.

foreldrene og barnet effektivt blir brutt.¹⁰³ Det vil på denne bakgrunn generelt foretas en strengere vurdering av tiltak som går lenger enn det som er nødvendig for å gi barnet beskyttelse, og spesielt i de tilfeller der målet om gjenforening av familien blir hindret.¹⁰⁴

3.2 Gjenforeningskravet

EMD har i sin praksis etter EMK artikkel 8 oppstilt et såkalt gjenforeningskrav eller gjenforeningsmål. Kravet innebærer at en omsorgsovertakelse som det klare utgangspunkt skal anses som et midlertidig tiltak som skal opphøre så snart forholdene tillater det, og at enhver avgjørelse som fattes i forbindelse med omsorgsovertakelsen så langt som mulig skal være forenlig med det endelige målet om å gjenforene barn og foreldre.¹⁰⁵

3.2.1 De nasjonale myndighetenes forpliktelser

I saken K. and T. (II) v. Finland, som er behandlet av EMD i storkammer, blir myndighetenes positive plikt til å treffe tiltak for å legge til rette for gjenforening av familien så snart det er mulig påpekt. Det uttales at forpliktelsen påhviler myndighetene med stadig økende styrke helt fra begynnelsen av omsorgsperioden.¹⁰⁶ Begrunnelsen for at myndighetene pålegges en slik forpliktelse allerede fra begynnelsen av omsorgsperioden må antakeligvis være at etter som tiden går uten at myndighetene foretar seg noe, vil en gjenforening av familien bli stadig vanskeligere og til slutt umulig. Dette skyldes at barnet over tid vil knytte seg sterkere til plasseringsstedet. Det er derfor viktig at arbeidet for å legge til rette for gjenforening starter med en gang omsorgen for barnet er overtatt. Også i Johansen v. Norway forutsettes det at myndighetene har en alminnelig forpliktelse etter EMK artikkel 8 til å ta skritt med sikte på gjenforening dersom moren igjen skulle bli i stand til å ta vare på datteren.¹⁰⁷

Hva som nærmere ligger i myndighetenes forpliktelser fremgår av dommen Eriksson v. Sweden. I saken var omsorgsovertakelsen opphevet, men det var nedlagt et tilbakeflyttingsforbud som varte i mer enn seks år og moren hadde ingen samværsrett med datteren som kunne tvangsgjennomføres i dette tidsrommet. En slik faktisk begrensning av muligheten for samvær var ikke egnet til å fremme målet om gjenforening. EMD uttaler at retten til respekt for familieliv etter artikkel 8 i slike tilfeller innebærer en rett til at det treffes tiltak som tar sikte på at

¹⁰³ Myndighetenes skjønnsmargin på barnevernrettens område er bedhandlet flere ganger av EMD. Se blant annet Johansen v. Norway, premiss 64, K. and T. (II) v. Finland, premiss 155, K.A. v. Finland, premiss 139 og Haase v. Germany, premiss 92.

¹⁰⁴ Oppedal (2008) s. 167.

¹⁰⁵ Olsson (I) v. Sweden, premiss 81, og senere gjentatt i flere andre dommer.

¹⁰⁶ K. and T. (II) v. Finland, premiss 178.

¹⁰⁷ Johansen v. Norway, premiss 83.

moren blir gjenforent med barnet. Retten anerkjenner at det kan oppstå problemer ved opphevingen av offentlig omsorg, spesielt dersom omsorgsovertakelsen skjedde da barnet var ganske lite og har vart lenge, men i denne konkrete saken syntes den lite tilfredsstillende situasjonen å ha sammenheng med svikten i å sikre et meningsfullt samvær med sikte på gjenforening. Retten kom dermed til at artikkel 8 var krenket ved at det langvarige flytteforbudet kombinert med samværsrestriksjonene ikke sto i forhold til målet om å beskytte barnet.¹⁰⁸ Sandberg mener at det kan utledes av dommen at en gjenforening alltid vil være ønskelig og mulig i slike tilfeller etter EMDs syn, forutsatt at det legges til rette for det gjennom samvær mellom barnet og foreldrene.¹⁰⁹

Dommen Olsson (II) v. Sweden er et godt eksempel på hva som kreves av myndighetene for at de skal kunne sies å ha handlet i samsvar med gjenforeningskravet. I denne saken var det blant annet klaget over samværsrestriksjonene, som var i overensstemmelse med barnas ønsker, men som foreldrene ikke ville akseptere. I stedet for å samarbeide med barnevernsmyndighetene og fosterforeldrene valgte de å innta en fiendtlig holdning. De krevde blant annet tilgang til fosterhjemmet uten fosterforeldrenes tilstedeværelse, selv om de visste at dette var et uakseptabelt krav. Barnevernsmyndighetene tilbød seg å dekke reise- og oppholdsutgifter for foreldrene slik at de kunne besøke barna i fosterhjemmet, og satte i samarbeid med to eksperter opp en samværsplan som ikke kunne sies å ha vært unødvendig restriktiv. Til tross for dette hadde foreldrene bare besøkt barna to ganger i fosterhjemmet. EMD kom til at samværsrestriksjonene i lys av dette, og under hensyn til myndighetenes skjønnsmargin, ikke stred mot plikten til å tilrettelegge for gjenforening mellom barn og foreldre.¹¹⁰

3.2.2 Når kan det være nødvendig i et demokratisk samfunn å se bort fra gjenforeningskravet?

Som nevnt skal en omsorgsovertakelse normalt anses å være et foreløpig tiltak ("normally be regarded as a temporary measure"), og ethvert tiltak som treffes i forbindelse med den midlertidige omsorgen bør være forenlig med målet om gjenforening. Dette er blant annet slått fast i saken om Adele Johansens datter som var oppe for EMD i 1996, der gjenforeningskravet ble drøftet under vurderingene som gjaldt fratakelse av foreldreansvar og retten til samvær med datteren:

"The Court considers that taking a child into care should normally be regarded as a temporary measure to be discontinued as soon as circumstances permit and that any measures of implementation of temporary care should be consistent with the ultimate

¹⁰⁸ Eriksson v. Sweden, premiss 71 og 72.

¹⁰⁹ Sandberg (2003) s. 160.

¹¹⁰ Olsson (II) v. Sweden, premiss 91.

aim of reuniting the natural parent and the child (see, in particular, the above-mentioned Olsson (no. 1) judgment, p. 36, para. 81). In this regard, a fair balance has to be struck between the interests of the child in remaining in public care and those of the parent in being reunited with the child (see, for instance, the above-mentioned Olsson (no. 2) judgment, pp. 35-36, para. 90; and the above-mentioned Hokkanen judgment, p. 20, para. 55). In carrying out this balancing exercise, the Court will attach particular importance to the best interests of the child, which, depending on their nature and seriousness, may override those of the parent. In particular, as suggested by the Government, the parent cannot be entitled under Article 8 of the Convention (art. 8) to have such measures taken as would harm the child's health and development.”¹¹¹

Ved å bruke betegnelsen ”normally” åpner Domstolen opp for at myndighetene i visse tilfeller kan se bort fra gjenforeningskravet uten at det innebærer et brudd på konvensjonen. Det blir da et spørsmål hva som skal til for at det skal være nødvendig i et demokratisk samfunn å se bort fra gjenforeningskravet. Dette ble det redegjort for av EMD i fortsettelsen av dommen:

“In the present case the applicant had been deprived of her parental rights and access in the context of a permanent placement of her daughter in a foster home with a view to adoption by the foster parents (see paragraphs 17 and 22 above). These measures were particularly far-reaching in that they totally deprived the applicant of her family life with the child and were inconsistent with the aim of reuniting them. Such measures should only be applied in exceptional circumstances and could only be justified if they were motivated by an overriding requirement pertaining to the child's best interests (see, *mutatis mutandis*, the Margareta and Roger Andersson judgment cited above, p. 31, para. 95).”¹¹²

Av det siterte følger at det å oppgi gjenforeningsmålet kan være forenlig med EMK artikkel 8 dersom det tas sikte på en adopsjon. Tiltaket kan imidlertid bare anvendes i ekstraordinære tilfeller (”exceptional circumstances”) og det må være motivert av et dominerende hensyn til barnets beste (”an overriding requirement pertaining to the child's best interests”). I denne saken ble det konkludert med at tiltakene som fratok moren foreldreansvaret og rett til samvær med datteren var relevante, men ikke tilstrekkelige. Myndighetene hadde derfor krenket morens rettigheter etter EMK artikkel 8.¹¹³

¹¹¹ Johansen v. Norway, premiss 78.

¹¹² Johansen v. Norway, premiss 78.

¹¹³ Johansen v. Norway, premiss 81 og 84.

At gjenforeningsmålet kan oppgis slik at adopsjon kan anvendes som barneverntiltak synes også forutsatt i dommen Olsson (I) v. Sweden. Sverige ble dømt for brudd på artikkel 8 fordi plasseringen av tre barn i ulike fosterhjem som lå langt fra hverandre og fra foreldrene vanskeliggjorde kontakten mellom dem. Når det ikke så ut til å foreligge noe spørsmål om adopsjon av barna skulle gjennomføringen av omsorgsovertakelsen vært bedre i samsvar med målet om gjenforening av familien.¹¹⁴

Blant de nyeste dommene på dette området er Ageyevy v. Russia. Saken gjelder blant annet plassering utenfor hjemmet, samværsnektelse og opphevelse av adopsjon for to barn som klagerne hadde adoptert i 2008. Under behandlingen av spørsmålet om opphevelse av adopsjonen var i samsvar med artikkel 8, sammenfatter EMD tidligere rett angående gjenforeningskravet og gir en oppsummering av rettsstilstanden på området. Det uttales blant annet at opphevelse av adopsjon er et særlig vidtrekkende tiltak fordi det fratar foreldrene deres familieliv med barnet, det er irreversibelt etter den nasjonale lovgivningen i Russland og det er ikke forenlig med målet om gjenforening av familien. Et slikt tiltak bør derfor bare anvendes i ekstraordinære tilfeller, og kan bare rettferdiggjøres dersom det er motivert av et dominerende hensyn til barnets beste.¹¹⁵ Disse vilkårene er de samme som de som oppstilles i Johansen-dommen for å godta en adopsjon. EMD konkluderte med at akuttplasseringen av barna var i overensstemmelse med EMK artikkel 8, men at opphevelsen av adopsjon og samværsnektelsen innebar brudd på konvensjonen fordi nødvendighetskravet ikke var oppfylt.

En viktig dom angående gjenforeningskravet er K. and T. (II) v. Finland, som ble behandlet i storkammer. Dommen gjelder to barn som hadde vært under omsorg i syv år, det ene siden det ble født og det andre siden det var fem år. De finske myndighetene ble kritisert for å ha gjort lite for å tilrettelegge for en gjenforening av familien; de hadde ikke vurdert om det hadde vært noen forbedringer i foreldrenes situasjon som kunne gi grunnlag for opphevelse av omsorgsovertakelsen, og de sterke samværsrestriksjonene var snarere egnet til å hindre enn til å fremme en gjenforening. Domstolen fant myndighetenes usedvanlig faste negative holdning særlig påfallende. I dommen ble det ikke fremstilt som en absolutt regel, men som et ”guiding principle” at en omsorgsovertakelse skal anses som et midlertidig tiltak. Ethvert tiltak i denne forbindelse må være i samsvar med det endelige målet om gjenforening, men må også balanseres mot plikten til å ivareta hensynet til barnets beste. Dette kan tyde på at Domstolen anerkjenner at det ikke alltid kan skje en gjenforening av familien.¹¹⁶ Sandberg mener på sin side

¹¹⁴ Olsson (I) v. Sweden, premiss 81.

¹¹⁵ Ageyevy v. Russia, premiss 143 og 144.

¹¹⁶ K. and T. (II) v. Finland, premiss 178 og 179. Se også fremstillingen av dommen i Bendiksen (2008) s. 148-149.

at det i kravet om revurdering av saken synes å ligge et krav om at man hele tiden skal holde muligheten for tilbakeflytting åpen.¹¹⁷

Også i dommen K.A. v. Finland synes Domstolen å forutsette at forholdene kan utvikle seg på en måte som gjør at gjenforening blir umulig. Etter å ha redegjort for utgangspunktet om at en omsorgsovertakelse skal være midlertidig og myndighetenes forpliktelse til å treffe tiltak for å tilrettelegge for en tilbakeføring, uttaler EMD seg om hvordan muligheten for å nå målet om gjenforening kan bli gradvis redusert ettersom tiden går:

“After a considerable period of time has passed since the child was originally taken into public care, the interest of a child not to have his or her de facto family situation changed again may override the interests of the parents to have their family reunited.

[...] The possibilities of reunification will be progressively diminished and eventually destroyed if the biological parents and the child are not allowed to meet each other at all, or only so rarely that no natural bonding between them is likely to occur (see K. and T. v. Finland, cited above, §§ 151, 154-155, 173, 178-179).”¹¹⁸

Selv om Domstolen ikke var villig til å se bort fra gjenforeningskravet i denne saken, legger de til grunn at forholdene over tid kan utvikle seg på en slik måte at muligheten for gjenforening vil bli gradvis redusert og til slutt umulig fordi kontakten mellom barn og foreldre ikke opprettholdes. I et slikt tilfelle vil barnets interesser i å ikke få sin faktiske familiesituasjon endret overstige foreldrenes interesser i å få familien gjenforent.

Etter EMDs praksis er det klart at gjenforeningskravet kan ses bort fra dersom det tas sikte på en adopsjon, men bare i ekstraordinære tilfeller og dersom tiltaket er motivert av et dominerende hensyn til barnets beste. Etter at det ble avsagt dom i saken Ageyevy v. Russia i 2013 er det klart at det samme gjelder ved opphevelse av adopsjon.

Selv om Domstolen aldri uttrykkelig har godtatt at det kan ses bort fra gjenforeningskravet i andre tilfeller enn ved adopsjon, peker noen av dommene i retning av at dette likevel vil kunne aksepteres i enkelte tilfeller. For det første gjelder det i tilfeller der en gjenforening vil kunne skade barnet. Dette fremkommer blant annet i dommen Johansen v. Norway der Domstolen uttaler at foreldrene ikke kan være berettiget til å få gjennomført tiltak som vil kunne skade barnets helse og utvikling.¹¹⁹ I teorien er spørsmålet drøftet av Sandberg og Bendiksen, som begge mener det er forsvarlig å slutte ut ifra dommen at gjenforeningskravet kan ses bort

¹¹⁷ Sandberg (2003) s. 161.

¹¹⁸ K.A. v. Finland, premiss 138 og 139.

¹¹⁹ Johansen v. Norway, premiss 78.

fra dersom en gjenforening vil være til skade for barnet.¹²⁰ Bendiksen legger til at EMD ikke har åpnet for at dette kan fastslås på et tidlig tidspunkt, men at det må ses an over tid, fordi både foreldrenes og barnets situasjon kan endre seg. Også i Rt. 2001 s. 14 tolket høyesteretts mindretall EMDs uttalelse slik at målet om gjenforening må oppgis dersom gjenforening vil innebære fare for skade på barnet.¹²¹ Det må etter dette kunne konkluderes med at gjenforeningskravet kan ses bort fra i de tilfeller der en gjenforening vil være til skade for barnet, men at dette ikke kan fastslås på et tidlig tidspunkt.

Det andre tilfellet, dersom det ikke er snakk om adopsjon, hvor det kan være aktuelt å se bort fra gjenforeningskravet er der det har gått noe tid og barnets behov for å bli værende i fosterfamilien gjør seg gjeldende. Dette kan blant annet utledes fra de finske dommene som er gjennomgått ovenfor. I disse dommene ble de finske myndighetene kritisert for ikke aktivt å ha jobbet for å få til en gjenforening, men Domstolen forutsetter samtidig at tiden som går i visse tilfeller kan umuliggjøre dette. Bendiksen mener at dette innebærer en aksept fra EMD av at gjenforeningsmålet kan oppgis etter hvert som tiden går, som en følge av at gjenforening vil bli stadig vanskeligere og til slutt umulig på grunn av barnets behov for å bli værende i fosterfamilien. Gjenforening kan allikevel ikke oppgis på et tidlig tidspunkt til tross for nokså omfattende problemer i familiene, det kreves derfor av myndighetene at de holder gjenforeningsmålet åpent ved at de fra tid til annen vurderer om forholdene i hjemmet har forbedret seg.¹²² Etter min mening må det være forsvarlig å slutte at en oppgivelse av gjenforeningsmålet kan godtas dersom barnevernmyndighetene aktivt har prøvd å legge forholdene til rette for en gjenforening, men at dette på grunn av tiden som har gått og barnets behov for å bli værende hos fosterforeldrene har blitt svært vanskelig eller umulig. Det må også kreves at barnets interesser i å ikke få sin faktiske familiesituasjon endret igjen overstiger foreldrenes interesser i å få familien gjenforent.¹²³

¹²⁰ Sandberg (2003) s. 163 og Bendiksen (2008) s. 151.

¹²¹ Rt. 2001 s. 14, side 27. Flertallet gikk direkte på adopsjonsspørsmålet, og tok ikke opp akkurat dette.

¹²² Bendiksen (2008) s. 151-153.

¹²³ Dette er uttalt i K.A. v. Finland, premiss 138.

4 Forholdet mellom reglene som følger av EMK artikkel 8 og den interne barnevernretten

4.1 Innledning

I dette kapittelet vil jeg foreta en vurdering av hvordan det biologiske prinsipp og reglene om tilbakeføring etter barnevernloven § 4-21 samsvarer med retten til familieliv etter EMK artikkel 8 og gjenforeningskravet som er utledet av denne bestemmelsen. Jeg vil også se på om de internasjonale reglene er tatt godt nok hensyn til i den interne retten.

Når jeg skal vurdere om det er samsvar mellom de to rettskildesystemene vil jeg ta utgangspunkt i reglene som er utledet av EMK artikkel 8. Grunnen til at jeg gjør dette er at EMK er mye mer fleksibel enn den interne retten er, fordi reglene er utviklet for å kunne tilpasses ulike lands rettssystemer. Reglene som utledes av EMK, er som tidligere nevnt, også overordnet den interne retten, og vil få forrang dersom det er motstrid mellom reglene.¹²⁴ Jeg vil deretter se på hvilke likheter og forskjeller som finnes i den interne retten sammenliknet med EMK.

Det er viktig at sammenlikningen skjer mellom to tilsvarende størrelser i de to rettskildesystemene. Jeg kommer derfor til å vurdere det biologiske prinsipp opp mot retten til familieliv etter EMK artikkel 8, mens reglene om tilbakeføring etter barnevernloven § 4-21 skal vurderes mot gjenforeningskravet som EMD har utledet av konvensjonen.

4.2 Retten til familieliv mot det biologiske prinsipp

4.2.1 Hvilke relasjoner beskyttes?

Vilkårene for at det offentlige skal ha lov til å gjøre inngrep i familien etter barnevernloven og EMK artikkel 8 er strenge. Dette skyldes at de er til for å beskytte visse mellommenneskelige relasjoner. Spørsmålet er hvilke relasjoner som beskyttes etter de to rettskildesystemene, og om de beskyttede relasjoner etter barnevernloven samsvarer med det som følger av konvensjonen.

Hvilke relasjoner som beskyttes av retten til familieliv etter EMK artikkel 8 avhenger av hvem som omfattes av familiebegrepet. Dette er det redegjort for i oppgavens punkt 3.1.1.1, og jeg vil derfor vise til fremstillingen som er gitt der. Denne fremstillingen viser at retten til familieliv ikke er betinget av biologiske bånd, men at også rettslig og faktisk tilknytning kan beskyttes etter en konkret vurdering. EMK artikkel 8 beskytter både voksnes rett til familieliv

¹²⁴ Menneskerettsloven § 3.

med barnet, barnets rett til familieliv med de voksne, og barnets rett til familieliv med andre barn. Det er altså en gjensidig rett til familieliv for alle parter.

Etter intern norsk rett vil gruppen av personer som beskyttes ikke være like vid som etter EMK artikkel 8. Begrepet ”det biologiske prinsipp” indikerer at det bare er biologiske bånd som er beskyttet av de strenge vilkårene som følger av barnevernloven for inngrep fra barnevernet side. Tiltak etter barnevernloven treffes imidlertid i forhold til barnets ”foreldre” i juridisk forstand, og hvem som juridisk sett er foreldre er ikke nødvendigvis i overensstemmelse med det som følger av biologi. Hvem som skal anses som juridiske foreldre reguleres av reglene i barneloven og adopsjonsloven. Juridiske foreldre etter disse reglene vil i de aller fleste tilfeller være de biologiske foreldrene, men ikke alltid. Kvinnen som har født barnet vil både være juridisk og biologisk mor.¹²⁵ Juridisk far til barnet er den som enten var gift med barnets mor ved fødselen eller har erklært farskap.¹²⁶ Det vil i et slikt tilfelle ikke være helt sikkert om dette er barnets biologiske far. Dersom ingen vil vedkjenne seg farskap etter disse reglene kan farskap fastslås ved dom etter en DNA-analyse.¹²⁷ Det vil da være sikkert at det er den biologiske faren som også blir juridisk far. Utvikling av ny teknologi og aksept av flere former for samliv har ført til at flere ikke-biologiske foreldre nå anerkjennes som foreldre etter barneloven. Raundalenutvalget har uttalt seg om dette i utredningen fra 2012:

”Fra 1. januar 2009 kan det fastsettes medmorskap for et barn i stedet for farskap.¹²⁸ Foreldreskap i form av medmorskap vil ikke ha sammenheng med biologi. Heller ikke ved foreldreskap etablert ved samtykke til assistert befruktning på samboer eller ektefelle eller ved adopsjon vil det foreligge noen biologisk sammenheng mellom barnet og dets rettslige foreldre.”¹²⁹

Til tross for at det biologiske prinsipp ligger til grunn for barnevernlovens strenge regler om inngrep fra det offentlige, er prinsippet ikke gjennomført fullt ut i norsk rett. Muligheten for å etablere rettslig foreldreskap etter barneloven uten at det foreligger noen form for biologisk bånd mellom barnet og foreldrene, får etter utvalgets mening ”betydning for hvordan det biologiske prinsipp i barnevernsretten må forstås”.¹³⁰ Det er grunn til å tro at det biologiske prinsipp etter barnevernloven er ment å beskytte alle juridiske foreldre, ikke bare de biologiske.

¹²⁵ Barneloven § 2. Spørsmålet settes på spissen i tilfeller der en surrogatmor er brukt for å bære frem barnet, men siden surrogati ikke er tillatt i Norge, jf. bioteknologiloven § 2-15, jf. barneloven § 2 annet ledd, vil jeg ikke diskutere dette nærmere.

¹²⁶ Barneloven § 3 og § 4.

¹²⁷ Barneloven § 5, jf. § 9.

¹²⁸ Barneloven § 4 a.

¹²⁹ NOU 2012:5 s. 42.

¹³⁰ NOU 2012:5 s. 42.

Det biologiske prinsipp er i så fall ikke så biologisk som man i første rekke skulle tro, og det kan hevdes at begrepet er noe misvisende.¹³¹

Når det gjelder barnets relasjon til andre enn foreldrene gis det liten eller ingen beskyttelse gjennom barnevernloven. ”Andre som har ivaretatt den daglige omsorgen for barnet i foreldrenes sted forut for omsorgsovertakelsen” kan i visse tilfeller ha rett til samvær etter barnevernloven § 4-19 tredje ledd. Også barnets slektninger eller andre med nær tilknytning til barnet kan ha rett til samvær etter fjerde ledd, men denne retten er betinget av at en av eller begge foreldrene enten er døde, ikke har rett til samvær eller bare har en svært begrenset rett til samvær med barnet. Beskyttelse av relasjonen mellom barnet og dets nærstående er altså betinget av at barnets foreldre er helt eller delvis ute av bildet. Barnets nærstående har derfor ingen alminnelig rett til beskyttelse av sin relasjon til barnet etter barnevernloven, og kan ikke sies å være omfattet av det biologiske prinsipp.

Ved lovendring i 2013 fikk barnevernloven § 4-16 et nytt annet punktum som presiserer gjeldende rett om at barneverntjenesten skal legge til rette for samvær med søsken, dersom hensynet til barnet som er under offentlig omsorg taler for det. Den nye bestemmelsen er begrunnet med at et slikt samvær ”vil kunne innebære kontinuitet og bevaring av (slekts)tilhørighet”.¹³² Dette taler for at også søskenforhold til en viss grad er beskyttet av barnevernlovens biologiske prinsipp. På grunn av manglende prosessdyktighet etter tvisteloven § 2-2 tredje ledd vil mindreårige søsken imidlertid ikke ha noen mulighet til å få håndhevet denne retten dersom barnevernet og fylkesnemnda mener at det ikke bør legges til rette for søskensamvær. Relasjonen mellom søsken er derfor ikke så godt beskyttet etter barnevernloven som det kan virke som.

En sammenlikning av de to regelsettene viser at familiebegrepet etter EMK er vesentlig videre enn etter norsk rett. Forholdet mellom foreldre og barn er beskyttet i begge tilfeller, men EMK gir i tillegg beskyttelse til en rekke personer på grunn av den faktiske tilknytningen de har til barnet. Etter barnevernloven vil ikke faktisk familieliv gi noen rett til beskyttelse bortsett fra i de nevnte samværstilfellene etter § 4-19 tredje og fjerde ledd. Konvensjonen skiller seg derfor fra barnevernloven ved at dens ”bestemmelser til vern for familielivet omfatter en videre krets personer enn foreldre og barn”.¹³³ En grunn til denne forskjellen kan være at det biologiske prinsipp for det meste gjelder om hvem som har rett til å oppdra barnet og gi det omsorg, mens retten til familieliv i større grad handler om hvem som har rett til å være sammen.

¹³¹ NOU 2012:5 s. 49.

¹³² Prop.106 L (2012-2013) s. 210.

¹³³ NOU 2012:5 s. 48.

En annen forskjell er at EMK er mer gjensidig enn det barnevernloven er. Som jeg skal komme nærmere inn på i punkt 4.3.2 kan både foreldrene og barnet fremme sak om konvensjonsbrudd for EMD. Etter barnevernloven er det kun foreldrene, og eventuelt barnet dersom det har fylt 15 år, som har en slik rett. Det betyr at selv om det etter barnevernloven i utgangspunktet er en gjensidig rett til opprettholdelse av familielivet mellom foreldrene og barnet, vil barnets rett bare kunne beskyttes så langt foreldrene er aktive i å beskytte den. Etter barnevernloven er derfor retten til beskyttelse av familielivet mer en foreldrerett enn en barnerett.

4.3 Gjenforeningskravet mot tilbakeføring etter barnevernloven § 4-21

I dette kapittelet vil jeg se på hvilke likheter og forskjeller som finnes i gjenforeningskravet etter EMK artikkel 8 og tilbakeføringsbestemmelsen i barnevernloven § 4-21, for å finne ut hvor godt de interne reglene samsvarer med konvensjonen. I punkt 4.3.1 vil jeg se på hvem sine interesser som beskyttes gjennom de to reglene. Punkt 4.3.2 tar for seg hvem som kan reise sak for fylkesnemnda eller norske domsstoler og for EMD. I punkt 4.3.3 vil jeg redegjøre for myndighetenes plikt til å følge opp vedtak med sikte på å få til en tilbakeføring av barnet, og i punkt 4.3.4 vil jeg se på om myndighetene har plikt til å reise tilbakeføringssak når de mener at vilkårene for tilbakeføring er oppfylt.

4.3.1 De beskyttede interesser

Et spørsmål av betydning er hvem sine interesser som beskyttes av reglene i barnevernloven § 4-21 og EMK artikkel 8, og om det er noen forskjell mellom disse.

EMD har tolket gjenforeningskravet i EMK artikkel 8 slik at man i den enkelte sak må finne frem til en rimelig balanse mellom barnets og foreldrenes interesser. Dette er blant annet lagt til grunn i Adele Johansen-saken der det uttales at “a fair balance has to be struck between the interests of the child in remaining in public care and those of the parent in being reunited with the child”. Videre presiserer Domstolen at den vil legge spesiell vekt på hva som er best for barnet i avveiningen som skal foretas, noe som kan føre til at foreldrenes interesser må settes til side dersom arten og alvoret av barnets interesser gjør det nødvendig. Foreldrene kan uansett ikke være berettiget til at det treffes tiltak som vil skade barnet.¹³⁴ Også i K. and T. (II) v. Finland er det lagt til grunn at plikten til å legge til rette for gjenforening må balanseres mot plikten til å vurdere hensynet til barnets beste.¹³⁵ Etter dette kan det legges til grunn at både

¹³⁴ Johansen v. Norway, premiss 78.

¹³⁵ K. and T. (II) v. Finland, premiss 178.

barnets og foreldrenes interesser har en viktig plass i den enkelte sak som fremmes for EMD, men at det må legges særlig vekt på barnets beste i vurderingen som skal foretas.¹³⁶

Etter den norske barnevernloven § 4-1 skal det legges avgjørende vekt på å finne tiltak som er til beste for barnet. Hvor langt denne bestemmelsen rekker, begrenses imidlertid av de øvrige hjemlene i kapittel 4. Barnevernloven § 4-21 annet punktum kan leses som en begrensning av barnets beste i den forstand at det kreves ”alvorlige problemer” for at en tilbakeføring skal kunne nektes.¹³⁷ Dette kan tale for at foreldrenes interesser får noe større vekt ved spørsmål om tilbakeføring enn etter mange av de andre bestemmelsene i barnevernloven. I Rt. 1984 s. 77, hevdet foreldrene at de hadde en selvstendig interesse og rett til å få barnet tilbake, selv om dette skulle komme i strid med hva som måtte være til beste for barnet. Førstvoterende gikk ikke nærmere inn på denne anførselen, men uttalte at foreldrenes interesser må vike for hensynet til barnets beste i et tilfelle der en tilbakeføring vil kunne være til skade for barnet.¹³⁸

Gjennomgangen viser at barnets beste er et viktig hensyn både etter EMK og etter barnevernloven. Når det kommer til spørsmålet om et barn skal tilbakeføres eller gjenforenes med familien sin vil imidlertid hensynet til foreldrene også stå sterkt. Foreldrene kan allikevel ikke være berettiget til tiltak som kan være til skade for barnet etter noen av bestemmelsene. Etter at utviklingsstøttende tilknytning kom inn som et prinsipp i barnevernloven, vil kanskje terskelen for tilbakeføring være noe høyere i tilfeller der barnet har fått en god tilknytning til fosterforeldrene, og det ikke er ønskelig å bryte denne. Det kan dermed være grunn til å tro at foreldrenes interesser står noe sterkere etter EMK enn etter barnevernloven, men det vil ikke være noen vesentlig forskjell.

4.3.2 Hvem kan reise sak?

For at en tilbakeføring skal kunne gjennomføres i Norge er det en forutsetning at fylkesnemnda, eventuelt en domstol, har kommet til at vilkårene etter barnevernloven § 4-21 er oppfylt. Fylkesnemnda og domstolene har imidlertid ikke anledning til å ta saker til behandling på eget initiativ, så det er derfor påkrevd at en av sakens parter fremmer krav om tilbakeføring.¹³⁹ Spørsmålet er hvem som kan kreve tilbakeføring av et barn som er under offentlig omsorg, og dermed kan ha stilling som part i en sak etter barnevernloven § 4-21. Etter konvensjonen er det ikke mulig å fremme noe krav om gjenforening for EMD for å få tilbakeført et barn. Spørsmålet må derfor bli hvem som kan klage inn en sak for EMD med påstand om konven-

¹³⁶ Se Sandberg (2003) s. 164-165 for nærmere vurderinger av denne interesseavveiningen.

¹³⁷ Sandberg (2003) s. 296-297.

¹³⁸ Rt. 1984 s. 77, side 81.

¹³⁹ NOU 2012:5 s. 114.

sjonsbrudd etter EMK artikkel 8, fordi det ikke har vært gjort nok for å få til en gjenforening av familien.

Hvem som er berettiget til å klage inn en sak for EMD fremgår av EMK artikkel 34. Enhver person som hevder å ha vært utsatt for en overtredelse av konvensjonens rettigheter fra statens side kan klage til EMD. Når en klage kommer inn til EMD, prøves det først om visse vilkår for behandling av klagen er oppfylt. For det første må klageren selv være offer, eller hevde å være offer, for statens overtredelse av konvensjonen. Det vil si at det i utgangspunktet ikke kan fremmes klage på vegne av andre. Klageretten gjelder for alle, uansett alder, og det er derfor klart at også et barn på egenhånd kan klage til EMD. For små barn vil det i praksis være vanskelig å levere inn en klage på egenhånd, og EMD gir derfor en verge eller andre med rett til å representere barnet, adgang til å klage på barnets vegne. Barnet vil allikevel bli gitt status som selvstendig klager i saken.¹⁴⁰ Videre må den påståtte krenkelsen være begått av en konvensjonsstat, alle nasjonale rettsmidler må være uttømt, klagen må fremmes innen seks måneder fra siste avgjørelse, den må ikke være anonym, den må ikke ha vært behandlet tidligere av en internasjonal domstol og den må ikke være åpenbart grunnløs eller innebære et misbruk av klageretten.¹⁴¹

Om det kan klages på konvensjonsbrudd etter EMK artikkel 8 fordi det ikke har vært gjort nok for å få til en gjenforening av familien, vil etter dette avhenge av om personen som klager har vært ”offer” for konvensjonsbruddet. I alle de sakene jeg har behandlet i kapittel 3 som gjelder gjenforening av familien, var foreldrene, enten en av dem eller begge, med på å klage over konvensjonsbrudd til Domstolen. Dette viser at barnets foreldre anses som offer i en sak der det ikke er gjort nok for å få til en gjenforening, og dermed vil ha klagerett.

I saken *Eriksson v. Sweden* hadde både mor og datter blant annet klaget over at barnevernets unnlattelse av å legge til rette for en gjenforening var i strid med artikkel 8. De fikk medhold i at det forelå konvensjonsbrudd både overfor moren og datteren.¹⁴² Denne dommen viser at også barnet som saken gjelder regnes som offer etter EMK artikkel 34, og derfor har klagerett.

I saken *K. and T. (II) v. Finland* fikk klagerne medhold i at staten hadde krenket EMK artikkel 8 fordi de ikke hadde truffet tiltak for å legge til rette for en gjenforening av familien. Den første klageren var barnas mor, mens den andre klageren var far til det yngste barnet og stefar til det eldste. Domstolen kom til at det forelå et familieliv også mellom det eldste barnet og stefaren før omsorgsovertakelsen, og ville derfor ikke trekke noe skille mellom de to klagerne

¹⁴⁰ Oppedal (2008) s. 479.

¹⁴¹ Vilkårene følger av EMK artikkel 34 og 35.

¹⁴² *Eriksson v. Sweden*, premiss 71 og 89.

når det gjaldt omfanget av familielivet.¹⁴³ Denne dommen viser at en steforelder som anses å ha familieliv med barnet, kan være part i en sak som gjelder gjenforening sammen med en av foreldrene. Det er imidlertid ikke klart om en steforelder kan være part alene, men dette er heller ikke en særlig praktisk problemstilling, og jeg vil derfor ikke gå videre inn på den.

I praksis fra EMD er det også eksempler på at klager fra andre slektninger har kommet inn til behandling for EMD.¹⁴⁴ Disse sakene dreier seg imidlertid om samvær, og ikke om tilbakeføring, og personkretsen vil da trolig være videre enn når det klages på at gjenforeningskravet ikke er godt nok ivare tatt fordi barnet skulle vært tilbakeført. Siden tema for oppgaven min er tilbakeføring og ikke samvær, vil jeg ikke kommentere disse sakene nærmere. Jeg kan ikke finne eksempler på saker der noen andre enn foreldrene og barnet, eventuelt sammen med steforelder, har fått behandlet en klage som gjelder tilbakeføring av barnet.

I saker etter den norske barnevernloven er det alltid en offentlig part og en privat part. Den offentlige part, representert av barneverntjenesten, vil alltid ha anledning til å fremme krav for fylkesnemnda om gjenforening etter barnevernloven § 4-21 dersom den mener at vilkårene for dette er oppfylt.¹⁴⁵

Den private part som har anledning til å kreve tilbakeføring etter § 4-21 vil etter forvaltningsloven¹⁴⁶ § 2 bokstav e, jf. barnevernloven § 6-1 første ledd være den som ”en avgjørelse retter seg mot eller som saken ellers direkte gjelder”. Dette gjelder for det første foreldre som har rettslig interesse i å få behandlet et krav om tilbakeføring etter § 4-21. For å ha rettslig interesse må foreldrene ha både foreldreansvar og daglig omsorg for barnet etter reglene som følger av barneloven.¹⁴⁷ Dette er fastsatt i flere rettsavgjørelser.¹⁴⁸ Grunnen til at en forelder som ikke har del i enten foreldreansvaret eller i omsorgen for barnet heller ikke vil ha den nødvendige rettslige interesse for å reise tilbakeføringskrav, er at det ikke er denne forelderens som vil få barnet tilbakeført til seg. Men dersom en sak om tilbakeføring først er reist av en part med

¹⁴³ K. and T. (II) v. Finland, premiss 150.

¹⁴⁴ Et eksempel er Boyle v. the United Kingdom, der en onkel ønsket å opprettholde kontakten med det omsorgsplasserte barnet. Saken kom inn for behandling til Domstolen, men før behandling ble det inngått forlik, og saken ble derfor strøket fra Domstolens saksliste.

¹⁴⁵ Lindboe (2011) s. 69.

¹⁴⁶ Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker av 10. februar 1967.

¹⁴⁷ Lindboe (2012) s. 126.

¹⁴⁸ Rt. 1993 s. 1588: Faren hadde verken del i foreldreansvaret eller i omsorgen for barnet. Det var ikke nok til å gi faren rettslig interesse at samværsretten han hadde med barnet kunne bli berørt av en tilbakeføring.
Rt. 1999 s. 547: Faren hadde del i foreldreansvaret, men ikke daglig omsorg for barnet, og hadde derfor ikke adgang til å kreve rettslig overprøving av fylkesnemndas vedtak om å oppheve omsorgsovertakelsen.
Rt. 2000 s. 721: En midlertidig avtale mellom foreldrene om delt foreldreansvar ble ikke ansett tilstrekkelig til at faren kunne få partsstilling.

rettslig interesse, vil også en forelder som har del i foreldreansvaret bli part i saken.¹⁴⁹ En forelder uten del i foreldreansvaret vil derimot bare bli part i den del av saken som gjelder fastsettelse av eget samvær.¹⁵⁰ I kjennelsen i Rt. 1996 s. 1746 synes det forutsatt at en forelder som har del i foreldreansvaret, men ikke i omsorgen for barnet, og derfor mangler rettslig interesse, allikevel kan reise sak om tilbakeføring til fordel for den andre forelder, såfremt denne selv er i posisjon etter barneloven til å reise slik sak.¹⁵¹ Det er ikke nødvendigvis noe biologisk bånd mellom barnet og forelder som fremmer tilbakeføringskrav. Dette skyldes at også ikke-biologiske foreldre kan regnes som foreldre etter reglene i barneloven og dermed inneha foreldreansvaret.¹⁵²

For det andre kan barnet være part og reise krav om tilbakeføring etter § 4-21 dersom det er 15 år eller eldre.¹⁵³ Dette ble avklart i Høyesteretts kjæremålsutvalgs kjennelse HR-2001-321. Utvalget konkluderte med at barnevernloven § 6-3, som står i kapittelet om generelle saksbehandlingsregler, bør forstås slik at den gir ungdom over 15 år adgang til å opptre som selvstendig part med rett til å begjære omgjøring av fylkesnemndas vedtak etter § 4-21.

Det må også være mulig for andre å reise tilbakeføringskrav dersom de har overtatt foreldreansvaret for barnet etter reglene i barneloven § 38, jf. § 63 som følge av at en av eller begge foreldrene er døde, og i tillegg har daglig omsorg for barnet. De må i et slikt tilfelle stå i samme posisjon som det foreldrene hadde gjort hvis de hadde levd. Dette betyr at for eksempel besteforeldre, tanter, onkler eller andre uten noe biologisk bånd til barnet kan fremme krav og være part i en sak om tilbakeføring dersom de står i rettslig posisjon til det etter barneloven.

En sammenlikning av de to rettskildesystemene viser at det ikke er så store forskjeller på hvem som kan gå til sak. Etter begge regelsettene er det i hovedsak foreldrene som kan være part. EMK er imidlertid mer barnevennlig enn barnevernloven fordi også barn under 15 år kan ha partsrettigheter. Ved andre typer saker, som for eksempel spørsmål om hvem som har rett til samvær med barnet, vil det kanskje være større forskjeller enn det er ved saker som gjelder tilbakeføring.

¹⁴⁹ Ofstad (2009) s. 216.

¹⁵⁰ Ofstad (2009) s. 217.

¹⁵¹ Rt. 1996 s. 1746, side 1747 og Ofstad (2009) s. 216.

¹⁵² Et eksempel på dette er at en medmor, som ikke kan være biologisk forelder til barnet, nå kan regnes som forelder og inneha foreldreansvar etter barneloven § 34, jf. § 4 a. Det samme gjelder for adoptivforeldre, der adoptivbarnet etter adopsjonsloven § 13 får samme rettsstilling som om det hadde vært adoptivforeldrenes biologiske barn.

¹⁵³ Ofstad (2009) s. 217.

4.3.3 Myndighetenes plikt til å følge opp vedtak om omsorgsovertakelse med sikte på tilbakeføring av barnet

Både etter menneskerettighetskonvensjonen og den norske barnevernloven har myndighetene en plikt til å følge opp familien etter at det er fattet vedtak om omsorgsovertakelse. Spørsmålet er hvordan dette oppfølgingsansvaret arter seg etter de to rettskildesystemene og om plikten som følger av de interne reglene er i samsvar med det som følger av konvensjonen.

I praksis fra EMD er det fastslått at en omsorgsovertakelse som det klare utgangspunkt skal anses som midlertidig, slik at den skal opphøre så snart forholdene tillater det. Myndighetene har en positiv plikt til å treffe tiltak for å tilrettelegge for en gjenforening av familien, og denne plikten påhviler myndighetene med stadig økende styrke helt fra begynnelsen av omsorgsperioden.¹⁵⁴ I K. and T. (II) v. Finland uttalte Domstolen seg om hvor den nedre grensen for myndighetenes oppfølgingsansvar ligger:

“The minimum to be expected of the authorities is to examine the situation anew from time to time to see whether there has been any improvement in the family’s situation.”¹⁵⁵

For at myndighetene skal overholde sin plikt til å tilrettelegge for gjenforening av familien må de i det minste vurdere situasjonen fra tid til annen, og helst skal det i tillegg treffes tiltak som er egnet for å kunne nå gjenforeningsmålet. Hvilke tiltak som skal treffes er ikke spesifisert, det må antakeligvis være opp til det enkelte lands myndigheter å vurdere hva som er mest hensiktsmessig i den enkelte sak. Dersom minstekravene til oppfølging av familien etter en omsorgsovertakelse ikke overholdes, vil det innebære et brudd på EMK artikkel 8.

Den norske barnevernloven oppstiller gjennom § 4-16 en liknende plikt for barneverntjenesten ved at den er gitt ”et løpende og helhetlig ansvar for oppfølgingen av barnet, herunder et ansvar for å følge utviklingen til barnet og foreldrene”.

Bestemmelsen har vært endret to ganger de siste årene. I 2005 ble det foretatt en presisering av barneverntjenestens ansvar for å følge opp foreldrene etter en omsorgsovertakelse, som innebærer at foreldrene etter kort tid skal gis tilbud om veiledning og oppfølging, og dersom det er ønskelig skal det også formidles kontakt til aktuelle hjelpeinstanser.¹⁵⁶ Den neste endringen, som ble foretatt i 2013, innebar en presisering og tydeliggjøring av barneverntjenestens generelle oppfølgingsansvar, ved at det ble slått fast at ansvaret for barnet etter omsorgs-

¹⁵⁴ Se for eksempel K. and T. (II) v. Finland, premiss 178.

¹⁵⁵ K. and T. (II) v. Finland, premiss 179.

¹⁵⁶ Ot.prp. nr. 64 (2004-2005) s. 64.

overtakelsen er ”løpende og helhetlig”. I tillegg ble det lovfestet i et nytt annet punktum at barneverntjenesten skal legge til rette for samvær med søsken i de tilfeller dette er til det beste for barnet som er under omsorg.¹⁵⁷ Med hensyn til å følge opp vedtak om omsorgsovertakelse med sikte på tilbakeføring av barnet til de biologiske foreldrene, er barneverntjenestens ansvar etter de to lovendringene i hovedsak det samme som etter den opprinnelige loven.

Barnevernloven § 4-16 pålegger barneverntjenesten en løpende plikt til å følge med på hvordan det går med både barnet og foreldrene etter at det er truffet vedtak om omsorgsovertakelse, og denne plikten gjelder så lenge vedtaket består.¹⁵⁸ I forhold til barnet innebærer barneverntjenestens oppfølgingsansvar etter første punktum et ansvar for å vurdere om omsorgsovertakelsen fungerer slik som forutsatt og eventuelt foreta nødvendige endringer. I forhold til foreldrene har barneverntjenesten ansvar for å følge med på hvordan deres situasjon utvikler seg, for blant annet å kunne vurdere om vilkårene for omsorgsovertakelse fremdeles er til stede. I saker der tilbakeføring er en realistisk mulighet vil ansvaret bestå i å veilede foreldrene om hva som kreves av dem for at de skal kunne komme i en posisjon der de kan gi barnet forsvarlig omsorg, og eventuelt formidle kontakt med øvrige hjelpeinstanser. Dersom tilbakeføring ikke er realistisk kan oppfølgingsansvaret for eksempel bestå i veiledning for å tilrettelegge for samvær mellom barnet og foreldrene. Det skal alltid være foreldrenes ønsker som danner grunnlaget for hva slags oppfølging som skal gis.¹⁵⁹

Før vedtakelsen av barnevernloven ble det vurdert om det skulle innføres en regel som gav fylkesnemnda rett til å bestemme at barnevernet skal prøve om vilkårene for å opprettholde vedtaket er til stede med visse mellomrom.¹⁶⁰ Det ble imidlertid konkludert med at en slik bestemmelse ikke var hensiktsmessig, med følgende begrunnelse:

”Barneverntjenesten har i alle tilfelle etter § 4-16 et generelt ansvar for å følge utviklingen til barn og foreldre når det er truffet vedtak om ansvarsovertakelse. Herunder har barneverntjenesten til enhver tid ansvar for å vurdere om vilkårene for ansvarsovertakelse fortsatt er til stede.”¹⁶¹

Barneverntjenestens ansvar slik det fremgår av sitatet er i samsvar med lovens utgangspunkt om at barn bør vokse opp hos sine foreldre dersom dette er mulig.¹⁶² Dette forutsetter en fort-

¹⁵⁷ Prop.106 L (2012-2013) s. 210.

¹⁵⁸ Ofstad (2009) s. 144.

¹⁵⁹ Ofstad (2009) s. 144-145.

¹⁶⁰ Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) s. 47-48.

¹⁶¹ Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) s. 48.

¹⁶² Lindboe (2012) s. 103.

løpende vurdering fra barnevernets side av om foreldrene vil kunne være i stand til å gi barnet forsvarlig omsorg etter barnevernloven § 4-21 første punktum, slik at en tilbakeføring av barnet kan være aktuelt.

Som det fremgår av det foregående har myndighetene et oppfølgingsansvar etter en omsorgsovertakelse både etter konvensjonen og barnevernloven. Etter EMDs praksis skal en omsorgsovertakelse som det klare utgangspunkt være midlertidig. Et slikt krav fremgår ikke like klart av den interne retten. For at en omsorgsovertakelse skal være midlertidig er det en forutsetning at foreldrene har mulighet til å få prøvd et krav om tilbakeføring.¹⁶³ Etter barnevernloven § 4-21 annet ledd er overprøvingsmuligheten noe begrenset ved at krav om tilbakeføring kan avvises dersom det har gått mindre enn tolv måneder siden sist saken ble behandlet. I tillegg må det dokumenteres at det har funnet sted vesentlige endringer i barnets situasjon for at et krav om tilbakeføring, som tidligere ikke er tatt til følge under henvisning til § 4-21 første ledd annet punktum, kan kreves tatt opp til ny behandling. Selv om partene ikke kan kreve at saken tas opp på ny, har fylkesnemnda likevel anledning til å behandle saken. Formålet med begrensningene i prøvingsretten er å sikre en viss ro og stabilitet rundt barn som det er truffet vedtak om omsorgsovertakelse for.¹⁶⁴ Til tross for disse begrensningene i prøvingsretten er det antatt at barneverntjenestens oppfølgingsansvar etter barnevernloven § 4-16 ivaretar de krav til oppfølging av familien som stilles av EMD for at myndighetene skal handle i tråd med gjenforeningskravet.¹⁶⁵ Allikevel kunne gjenforeningskravet, som krever stor aktivitet fra barnevernets side, med fordel kommet klarere frem i barnevernloven § 4-16.

4.3.4 Har myndighetene plikt til å reise tilbakeføringssak?

Det neste spørsmålet som oppstår er om myndighetene, etter reglene som følger av konvensjonen og barnevernloven, har en plikt til å reise tilbakeføringssak når de mener at vilkårene for omsorgsovertakelse ikke er til stede lenger, og om det i så fall er samsvar mellom de to rettskildesystemene hva angår denne plikten.

Etter EMDs tolkning av gjenforeningskravet i EMK artikkel 8 følger det at omsorgsovertakelsen skal oppheves så snart omstendighetene tillater det ("to be discontinued as soon as circumstances permit"), og at myndighetene har en positiv plikt til å ta skritt for at barnet kan gjenforenes med sin familie så snart som mulig.¹⁶⁶ Dette må innebære at myndighetene i et tilfelle der vilkårene for tilbakeføring av barnet er oppfylt etter nasjonal rett har en positiv plikt til å reise tilbakeføringssak, dersom dette er nødvendig i den aktuelle staten, slik at bar-

¹⁶³ Sandberg (2003) s. 297-298.

¹⁶⁴ Ot.prp. nr. 76 (2005-2006) s. 126.

¹⁶⁵ NOU 2012:5 s. 117 og Sandberg (2003) s. 297.

¹⁶⁶ Se for eksempel K. and T. (II) v. Finland, premiss 178.

net kan gjenforenes med sin biologiske familie. Dersom myndighetene forholder seg passiv i en situasjon der tilbakeføring skulle vært gjennomført vil dette innebære et brudd på konvensjonen.

I den interne retten fremgår det ikke uttrykkelig av loven, verken av § 4-21 eller § 4-16, at barneverntjenesten har noen plikt til å reise sak om tilbakeføring. I § 4-21 er det fastslått at fylkesnemnda skal oppheve et vedtak om omsorgsovertakelse dersom vilkårene for dette er oppfylt, men siden fylkesnemnda ikke har anledning til å ta saker til behandling på eget initiativ, er det påkrevet at en av partene fremmer opphevingssak. I forarbeidene til barnevernloven er det uttalt følgende om barneverntjenestens ansvar for saksanlegg:

”I de tilfelle barneverntjenesten mener at vilkårene for ansvarsovertakelse ikke er til stede, vil barneverntjenesten i alle tilfelle ha en selvstendig plikt til å fremme forslag om opphevelse av vedtak om ansvarsovertakelse for fylkesnemnda.”¹⁶⁷

Også i litteraturen er det lagt til grunn at barneverntjenesten har plikt til å fremlegge forslag for fylkesnemnda om at vedtak om omsorgsovertakelse skal oppheves dersom vilkårene for omsorgsovertakelse ikke lenger er til stede.¹⁶⁸ Dette gjelder selv om det har gått kortere tid enn ett år siden forrige gang saken ble behandlet, forutsatt at forholdene har endret seg så mye at vilkårene for tilbakeføring nå foreligger.¹⁶⁹

Som det fremgår har myndighetene plikt til å reise tilbakeføringssak, både etter konvensjonen og etter intern rett, når vilkårene for dette anses oppfylt og foreldrene ikke gjør det selv. Denne plikten fremgår noe klarere i den internasjonale retten, der konvensjonspraksis er meget tydelig på hva som forventes av myndighetene, mens man må til barnevernlovens forarbeider eller juridisk litteratur for å lese kravet ut av den interne retten. Barnevernloven kunne med fordel vært tydeligere på dette punkt.

¹⁶⁷ Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) s. 48.

¹⁶⁸ Ofstad (2009) s. 146 og Lindboe (2011) s. 69. Se også uttalelsen om dette i NOU 2012:5 s. 114-115.

¹⁶⁹ Lindboe (2011) s. 69.

5 Avslutning

Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen og barnevernloven er av ganske ulik art, og det er derfor vanskelig å foreta en ren sammenlikning av de to. Etter barnevernloven § 4-21 er det spørsmål om vilkårene for å oppheve et vedtak om omsorgsovertakelse er oppfylt, slik at det kan foretas en tilbakeføring av barnet til foreldrene. Etter EMK er spørsmålet derimot om staten har begått konvensjonsbrudd ved at de ikke har gjort nok for å tilrettelegge for en gjenforening av familien. EMDs behandling av saken skjer ofte årevis etter at klageren ble utsatt for det påståtte konvensjonsbruddet, og et konstatert brudd kan ikke nødvendigvis føre til at situasjonen skal gjenopprettes. Når EMDs dom faller vil det ofte være for sent å gjennomføre en tilbakeføring, selv om foreldrene har tilstrekkelig omsorgsevne, fordi barnet har vært så lenge i fosterhjem, og ofte hatt så lite kontakt med sine foreldre, at en tilbakeføring kan være til alvorlig skade for barnet.

Sammenlikningene som er foretatt i kapittel 4 har vist at det, til tross for at lovverkene er svært ulikeartede, ikke er så store forskjeller mellom gjenforeningskravet og tilbakeføringsbestemmelsen som jeg i utgangspunktet hadde trodd – noe som er svært betryggende. Den største forskjellen jeg har kunnet finne, ligger i hvor klart myndighetenes handleplikt fremgår av de to regelsettene. Etter EMK går både myndighetenes oppfølgingsansvar med sikte på å legge til rette for gjenforening og plikten til å reise sak, klart frem gjennom EMDs praksis. Etter barnevernloven er det derimot mer utydelig hvilke krav som stilles. Blant annet kunne barnevernloven § 4-16 med fordel vært gjort litt tydeligere når det gjelder kravet til barnevernets oppmerksomhet i forhold til om det kan foretas en tilbakeføring av barnet. Også barnevernets plikt til å reise tilbakeføringssak, dersom de mener at vilkårene for dette er oppfylt, burde kommet klart frem i barnevernlovens ordlyd, og ikke bare i forarbeidene til loven.¹⁷⁰

Når det gjelder retten til familieliv og det biologiske prinsipp har jeg funnet større forskjeller. Kretsen av personer som er beskyttet av retten til familieliv etter EMK er vesentlig større enn de som er beskyttet av det biologiske prinsipp. Når det gjelder tilbakeføringssakene får dette imidlertid ikke så stor betydning fordi det i hovedsak er foreldrene som vil kunne reise sak både etter konvensjonen og barnevernloven. Etter andre typer saker, for eksempel saker om samvær, vil det kanskje være større forskjeller på hvem som er berettiget til å gå til sak, slik at barnevernloven ikke vil samsvare like godt med konvensjonen.

Jeg vil etter dette konkludere med at tilbakeføringsbestemmelsen i barnevernloven på de fleste punkter er godt i overensstemmelse med det som følger av gjenforeningskravet i EMK,

¹⁷⁰ Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) s. 48.

men at pliktene som følger av gjenforeningskravet på visse områder kunne kommet enda klarere frem i barnevernlovens bestemmelser.

Litteraturliste

Lovgivning

Norges lover:

1814	Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven) av 17. mai 1814.
1967	Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) av 10. februar 1967.
1981	Lov om barn og foreldre (barnelova) av 8. april 1981 nr. 7.
1986	Lov om adopsjon (adopsjonsloven) av 28. februar 1986 nr. 8.
1992	Lov om barneverntjenester (barnevernloven) av 17. juli 1992 nr. 100.
1999	Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) av 21. mai 1999 nr. 30.
2003	Lov om humanmedisinsk bruk av bioteknologi m.m. (bioteknologiloven) av 5. desember 2003 nr. 100.
2005	Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) av 17. juni 2005 nr. 90.

Traktater:

Barnekonvensjonen	FNs konvensjon om barnets rettigheter av 20. november 1989.
EMK	Den europeiske menneskerettighetskonvensjon, Roma 4. november 1950.
SP	FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter av 16. desember 1966.
Wien-konvensjonen	Wien-konvensjonen om traktatretten, Wien 23. mai 1969.

Forarbeider

NOU:

NOU 1985:18	<i>Lov om sosiale tjenester mv.</i>
NOU 2012:5	<i>Bedre beskyttelse av barns utvikling – ekspertutvalgets utredninger om det biologiske prinsipp i barnevernet</i>

Proposisjoner:

Ot.prp. nr. 44 (1991-1992)	<i>Om lov om barneverntjenester (barnevernloven)</i>
Ot.prp. nr. 64 (2004-2005)	<i>Om lov om endringer i lov 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester og lov 13. desember 1991 nr. 81 om sosiale tjenester (sosialtjenesteloven) m.v.</i>
Ot.prp. nr. 76 (2005-2006)	<i>Om lov om endringer i barnevernloven og sosialtjenesteloven m.v. (saksbehandlingsregler for fylkesnemndene for barnevern og sosiale saker m.v.)</i>
Ot.prp. nr. 69 (2008-2009)	<i>Om lov om endringer i barnevernloven</i>
Prop.106 L (2012-2013)	<i>Endringer i barnevernloven</i>

Innstillinger:

Innst.395 L (2012-2013)	<i>Innstilling fra familie- og kulturkomiteen om endringer i barnevernloven</i>
Innst.186 S (2013-2014)	<i>Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om grunnlovsforslag fra Per-Kristian Foss, Martin Kolberg, Marit Nybakk, Jette F. Christensen, Anders Anundsen, Hallgeir H Langeland, Per Olaf Lundteigen, Geir Jørgen Bekkevold og Trine Skei Grande om grunnlovfesting av sivile og politiske menneskerettigheter, med unntak av romertall X og romertall XXIV</i>

Stortingsdokumenter:

St.meld. nr. 39 (1995-1996)	<i>Om barnevernet</i>
-----------------------------	-----------------------

Rettspraksis

Høyesterett:

Rt. 1984 s. 77

Rt. 1984 s. 289

Rt. 1991 s. 668

Rt. 1992 s. 1303

Rt. 1993 s. 1588

Rt. 1995 s. 479

Rt. 1996 s. 1684

Rt. 1996 s. 1746

Rt. 1997 s. 170

Rt. 1999 s. 547

Rt. 2000 s. 721

Rt. 2002 s. 557

Rt. 2004 s. 1683

Rt. 2012 s. 900

Rt. 2012 s. 967

Rt. 2012 s. 1832

HR-2001-321

Underrettsavgjørelser:

LA-2013-197977

Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD):

Ageyevy v. Russia	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 18. april 2013.
Boyle v. the United Kingdom	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 28. februar 1994.
Eriksson v. Sweden	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 22. juni 1989.
Görgülü v. Germany	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 26. februar 2004.
Haase v. Germany	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 8 april 2004.
Johansen v. Norway	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 7. august 1996.
K. and T. (II) v. Finland	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 12. juli 2001.
K.A. v. Finland	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 14. januar 2003.
Kroon and others v. the Netherlands	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 27. oktober 1994.
Lebbink v. the Netherlands	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 1. juni 2004.
Marckx v. Belgium	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 13. juni 1979.
Olsson (I) v. Sweden	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 24. mars 1988.
Olsson (II) v. Sweden	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 27. november 1992.
Stafford v. the United Kingdom	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 28. mai 2002.
Tyrer v. the United Kingdom	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 25. april 1978.

Litteratur

Bøker:

- Bendiksen (2008) Bendiksen, Lena R.L. *Barn i langvarige fosterhjemsplaseringer – foreldreansvar og adopsjon*. Bergen, 2008.
- Bendiksen (2014) Bendiksen, Lena R.L. og Trude Haugli. *Sentrale emner i barneretten*. Oslo, 2014.
- Kilkelly (1999) Kilkelly, Ursula. *The Child and the European Convention on Human Rights*. Aldershot England, 1999.
- Lindboe (2011) Lindboe, Knut. *Barnevernloven: Lov om barneverntjenester av 17. juli 1992 nr. 100: à jour 15. april 2011*. 7. utg. Oslo, 2011.
- Lindboe (2012) Lindboe, Knut. *Barnevernrett*. 6. utg. Oslo, 2012.
- Ofstad (2009) Ofstad, Kari og Randi Skar. *Barnevernloven med kommentarer*. 5. utg. Oslo, 2009.
- Oppedal (2008) Oppedal, Mons. *Akutthjemlene i barnevernloven*. 1. utg. Oslo, 2008.
- Sandberg (2003) Sandberg, Kirsten. *Tilbakeføring av barn etter omsorgsovertakelse*. 1. utg. Oslo, 2003.
- Aall (2011) Aall, Jørgen. *Rettsstat og menneskerettigheter: En innføring i vernet om individets sivile og politiske rettigheter etter den norske forfatning og etter den europeiske menneskerettighetskonvensjon*. 3. utg. Bergen, 2011.

Artikler:

- Lagoutte (2003) Lagoutte, Stéphanie. *Surrounding an extending family life: The notion of family life in the case-law of the european court of human rights*. I: Nordic Journal of Human Rights 03/2003, s. 292-306 (Sisert fra Idunn.no)

Nettsider

- FN-sambandet (2013) FN-sambandet. *Den europeiske menneskerettighetsdomstol (EMD)* (2013) 06.08.2013.
<http://www.fn.no/Tema/Folkerett/Folkerettslige-domstoler/Den-europeiske-menneskerettighetsdomstol-EMD>
[sisert 20.11.2013]